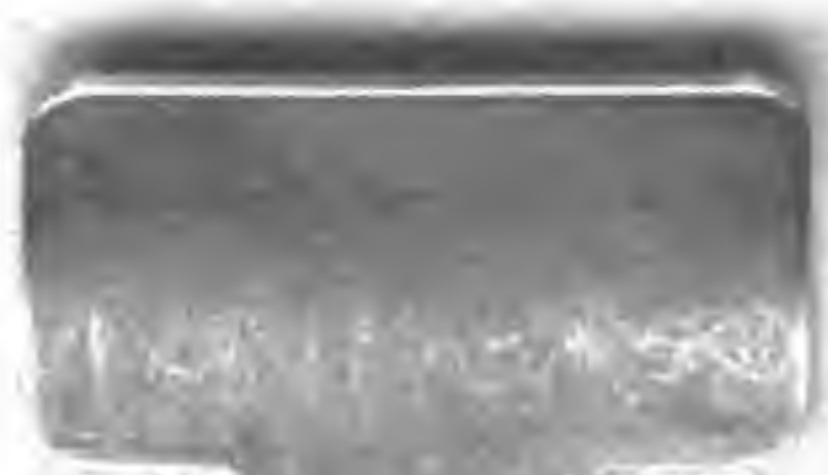


[REDACTED]
6 6666 021 200



**CIRCULATE
TO CARREL
ONLY**

TIJDSCHRIFT VOOR RECHTSGESCHIEDENIS
REVUE D'HISTOIRE DU DROIT

TIJDSCHRIFT VOOR RECHTSGESCHIEDENIS

REVUE D'HISTOIRE DU DROIT

ONDER REDACTIE VAN

SOUS LA DIRECTION DE M.M.

**A. S. DE BLÉCOURT — J. VAN KAN — J. VAN KUYK
E. M. MEIJERS**

DEEL III

TOME III

HAARLEM — H. D. TJEENK WILLINK & ZOON — 1922



FRANÇOIS HOTMAN EN DE CODIFICATIE- POLITIEK VAN ZIJN TIJD

DOOR

MR. J. VAN KAN,

Hoogleraar te Leiden.

I.

In 1603 werd voor het eerst ¹⁾ gedrukt, te Parijs, een geschrift, dat zich zelf aankondigde als *Antitribonian ou Discours d'un grand et renommé jurisconsulte de nostre temps sur l'estude des loix, fait par l'avis de feu Monsieur de l'Hospital chancelier de France en l'an 1567*. Dertien jaar later, in 1616, werd het ge-

¹⁾ Algemeen wordt het jaar 1567 als verschijningsjaar van het boekje vermeld. Zoo leeren de groote verzamelwerken, waarop anderen hebben vertrouwd: *La France protestante* (HAAG), V, Paris 1855, bl. 533, *Biographie universelle* (MICHAUD), XX, Paris 1858, bl. 31. 2e kol., *Nouvelle biographie générale* (DIDOT), XXV, Paris 1861, kol. 229. De misleidende ondertitel van het geschrift heeft tot deze onjuiste voorstelling aanleiding gegeven. In werkelijkheid is de uitgave van 1603, dertien jaar na HOTMAN's overlijden (1590) bezorgd, de eerste. Niet alleen is de beweerde druk van 1567 in geen der Parijsche boekerijen, die daarvoor in aanmerking zouden moeten komen, aanwezig, maar wij hebben ook twee positieve uitlatingen van HOTMAN's tijdgenoot en levensbeschrijver NEVELET DE DOSCHES, die aan elken twijfel een einde maken. Diens *Elogium Fr. Hotmani*, gedagteekend 1592, in het eerste deel van HOTMAN's werken afgedrukt, gedenkt den *Antitribonian* met deze woorden: „cur lucem hactenus non viderit in ambiguo est”. (I, [Genovae] 1599, f^o. XII b). Dezelfde biograaf heeft voor de uitgave van 1603 een *Epistre* geschreven, gedagteekend Juli 1603, gelijk van elders blijkt (*Opuscules françoises des Hotmans*, Paris 1616, laatste (ongenummerde) bladzijde der voorrede). Daarin zegt hij van het boekje: „Nous avons aussi obligation à Mons. de Villiers Hotman, son fils, qui nous a conservé ce trésor et qui aujourdhuy le nous communique” (bl. e II v. — bl. e III r.)

schrift opgenomen in een, eveneens te Parijs verschenen verzamelwerk *Opuscules françoises des Hotmans*, nu getiteld *L'Antitribonian ou Discours de ce grand et renommé jurisconsulte François Hotman sur l'étude des loix*. Weer wordt daaraan toegevoegd: *Fait par l'avis de feu Monsieur de l'Hospital chancelier, dès l'an 1567*.

Het boekje was een groot succes. Het wist in een verrassend opwekkenden, pittigen, bijna hartstochteliijken, bovenal geestigen toon te handelen over juridische onderwerpen in een tijd, toen deze veelal werden voorgedragen met een waas van geleerdheid omsluisd en met een dikke laag van aanhalingen bepoeierd, die als een dekkleed van verveling daarover gespreid ligt. Het was geschreven in de landstaal, het wendde zich niet tot de geleerden, maar tot het volk en het kon en mocht dat doen, omdat de leesbare, soms meeslepende schrijftrant tot het volk spreken zou. Het boekje heeft ook in de geleerde wereld veel bijval gevonden. De talrijke Latijnsche vertalingen en hare verspreiding, ook buiten Frankrijk, verhalen ons daarvan ¹⁾.

Antitribonian ou Discours sur l'étude des loix! De dubbele titel bergt eene dubbele gedachte: de beoefening der rechtswetenschap wordt besproken, en die bespreking geschiedt in anti-Romeinschrechteliijken, vooral anti-Justiniaanschen geest. Om dit resultaat te bereiken, betoogt HOTMAN, dat het Justiniaansche en het Fransche costumiere, dit is het levende recht, hemelsbreed van elkander verschillen, dat derhalve het Romeinsche recht, in den overigens alleszins gebrekkigen eindvorm zijner ontwikkeling, gelijk TRIBONIANUS het onder allerongunstigste omstandigheden heeft verzameld met terzijdestelling van al hetgeen in de verzameling geen aangewezen plaats vond, dat dit Romeinsche, of, beter gezegd, dit Justiniaansche of Triboniaansche recht zeer zeker niet de geschikte stof bieden kan voor de opleiding van Fransche rechtsgeleerden. Die gedachte draagt het betoog. Telkens

¹⁾ Bekend zijn mij, behalve de reeds genoemde uitgaven van 1603 en 1616, een herdruk van deze laatste, Parijs 1617; Latijnsche vertalingen, Hamburg 1647, Leipzig 1704, 1718, 1726 en 1734, Pisa 1765 en 1771. HAAG, *La France protestante*, V, bl. 533, vermeldt nog eene Fransche uitgave, Parijs 1609. Ik heb haar spoor niet kunnen ontdekken. Zij bevindt zich noch in eene der vier groote algemeene Parijsche bibliotheken, noch in de boekerijen van de Ecole de droit en van de Sorbonne.

wordt zij onder woorden gebracht: „Que l'on lise maintenant les coutumiers de France, pour entendre combien il y a de convenance entre leur doctrine et celle de Justinian ..”¹⁾.

Van lieverlede komt dan eene andere gedachte naar voren, die als een tweede draad in het geschrift wordt ingevlochten: het Justiniaansche recht is, tot overmaat van ramp, in zich zelf en eerst recht in zijne nieuwe behandeling, onzeker en verward. In zich zelf: het zijn alles maar „conjectures et divinations .. mal assurées”²⁾, „inconstances et mutabilités de ce droit Justinianique”³⁾, „grande et horrible confusion de loix”⁴⁾. Erger nog in zijne tegenwoordige behandeling: „disputes et hennicroches entre les jurisconsultes anciens et modernes”⁵⁾, „traitez, disputes, commentaires, conseils, décisions, observations, annotations, répétitions, singularitez, apostilles et autres manières d'escrits”⁶⁾, als gevolg van welke overweldigende veelheid van vaak tegenstrijdige gegevens „les pauvres juges .. sont contraints de confesser qu'ils ont les yeux éblouys et jugent plutôt par hazard que par connoissance de droit certain et assuré”⁷⁾.

Ziedaar de dubbele gedachte, die door het betoog heenloopt. De eerste moet leiden tot de gevolgtrekking: het Justiniaansche recht vervalle als grondslag voor de opleiding der juristen⁸⁾. Het andere standpunt voert tot dit inzicht: het Justiniaansche recht worde uit de Fransche rechtswereld geweerd, naar het voorbeeld van koning MATTHIAS CORVINUS van Hongarije — „ce grand roy”⁹⁾ —, die voor de rust zijner onderdanen de boeken van TRIBONIANUS, tegelijk met de Italiaansche *doctores* het land uitwees, „avec défense de n'en plus parler”¹⁰⁾.

En de slotsom van dit alles? Zij schijnt voor het grijpen te liggen: wanneer men zich los maakt van het *Corpus iuris*, dan

¹⁾ Chap. IV, uitg. 1603, bl. 31. Andere formuleeringen bl. 43, 50, 99.

²⁾ Chap. V, bl. 37.

³⁾ Chap. VI, bl. 42.

⁴⁾ Chap. XI, bl. 86.

⁵⁾ Chap. VII, bl. 50.

⁶⁾ Chap. XIV, bl. 108.

⁷⁾ Chap. XIV, bl. 110.

⁸⁾ Zoo b.v. chap. IV, bl. 31—32, chap. V, bl. 37. Zeer scherp bl. 32: „C'est autant comme si les prestres et moines de maintenant enseignoient à leurs novices la façon de danser ès processions solennelles parce que les prestres Saliens de Rome avoient coutume de le faire.”

⁹⁾ Bl. 144.

¹⁰⁾ Chap. XVII, bl. 145.

verblijve aan het costumiere recht de alleenheerschappij. Zoo zou men verwachten. Maar ver daarover heen gaat de conclusie van het laatste hoofdstuk. Zij luidt: codificatie. In die conclusie schuilt de groote waarde van het boekje. Daardoor is de *Antitribonian*, in handschrift, geworden een der meest sprekende uitingen van het codificatieverlangen der XVI^e eeuw, die ten einde spoedde, door den druk verspreid, een der leidende uitingen van het codificatieverlangen der XVII^e eeuw, die werd ingeluid.

Reeds in het VI^e hoofdstuk schemert even het codificatiedenkbeeld door. Daar houdt de schrijver het voor mogelijk, „de comprendre la loy des successions directes ou traversières en trois ou quatre petis articles”¹⁾. In het laatste hoofdstuk wordt het plan ontwikkeld: „Il seroit fort aisé, ce me semble, . . d'assembler un nombre de jurisconsultes ensemble quelques hommes d'estat et autant des plus notables advocats et praticiens de ce royaume — dus eene commissie van geleerden en practici — et à iceux donner charge de rapporter ensemblement ce qu'ils auroient avisé et extrait tant des livres de Justinian . . que des livres de la philosophie . . de l'expérience”, ten slotte d'aviser ce qui se pourroit extraire et recueillir des loix de Moyse”²⁾. Deze laatste rechtsbron is intusschen bedoeld als de uitdrukking van het eeuwige natuurrecht: „celles qui sont fondées sur une droiture, raison et équité naturelle, à laquelle tous les hommes du monde tant de ceux qui furent devant le tems de Moyse que ceux qui sont venus par après et viendront encores après nous ont esté, sont et seront par droit de nature assujettis”³⁾. Zoo alleen is het ook te verklaren, dat het costumiere recht, waaraan HOTMAN zoo hooge waarde hecht als aan de „choses qui sont en usage commun de la vie”⁴⁾, hier als bron, waaruit moet worden geput, niet afzonderlijk wordt vermeld. Wat het costumiere recht voor goeds bergt, houdt het natuurrecht reeds in. Het is overigens gemakkelijk te begrijpen, dat de man, die het lijden en strijden der Hervorming in Frankrijk zoo hartstochtelijk heeft meegeleefd met de Schrift in de hand, aan dat natuurrecht eene bijbelsche inkleeding geeft. Daaruit moet dan het wetboek worden samen-

¹⁾ Bl. 43.

²⁾ Bl. 152—153.

³⁾ Bl. 154.

⁴⁾ Bl. 37.

gesteld: „les députez dresseroient un ou deux beaux volumes”¹⁾ in de landstaal, „en langage vulgaire et intelligible”, omvattend zoowel het publiek- als het privaatrecht, „tant de droit public . . que de toutes les parties du droit des particuliers”²⁾.

Waarom nu wilde HOTMAN dat wetboek?

Het antwoord op deze vraag is eenvoudig: om een einde te maken aan de heerschende rechtsverwarring, „la multiplicité et la confusion de tant de loix”³⁾. Er zijn in Frankrijk acht of tien parlementen, dan een aantal subalterne hoven, benevens „tant de cohues et petites justices de village”, „que dedans le seul enclos du palais de Paris l'on peut comter dix-neuf ou vingt chambres”⁴⁾ en al die organen van gerechtigheid geven tegenstrijdige uitspraken, „non seulement les parlemens jugent et prononcent arrests tous contraires les uns aux autres . . . mais aussi en aucuns parlemens les chambres font profession de prononcer en mesmes matières jugemens contraires les uns aux autres”⁵⁾. Die zoo fersch geteekende rechtsverwarring ziet HOTMAN als het gevolg van de plaats, welke het op zich zelf verwarde Justiniaansche recht innam in de opleiding der juristen en dientengevolge in de rechtspraak. Met zoovele woorden wordt nergens gezegd, dat zij, behalve aan het Justiniaansche recht zelf, mede en bovenal te wijten is aan den mededingenden samenloop van Justiniaansch, canoniek, costumier en koningsrecht. De oorzaak der verwarring ziet HOTMAN eenzijdig, het volle zwaartepunt leggend op het Romeinsche recht alleen. Want het is duidelijk, dat de tegenstrijdige rechtspraak, gelijk HOTMAN ons haar schildert, niet uitsluitend daarin haren grond vindt.

Hoe dit zij, zooveel is zeker, dat HOTMAN een wetboek vraagt ter wille van de rechtsontwarring. Even te voren had DUMOULIN

¹⁾ Even later: „deux ou trois”, bl. 158.

²⁾ Bl. 154—155.

³⁾ Bl. 156. De uitdrukking wordt gebezigd voor den toestand in Rome, waartegen, naar HOTMAN's voorstelling, CICERO's geschrift *De Legibus* zich richtte. Het voorbeeld van CICERO wordt dan den Franschen wetgever ter opwekking voorgehouden. Het is dus geoorloofd, de door HOTMAN gewilde parallel door te trekken.

⁴⁾ Bl. 146.

⁵⁾ Bl. 149.

zijne machtige stem verheven en om een wetboek geroepen ter wille van de nationale rechtseenheid. DUMOULIN rept niet van de veelheid der rechtsbronnen binnen denzelfden plaatselijken kring. HOTMAN zwijgt, zijnerzijds, over het nationale eenheidsargument. Die twee pleidooien voor de codificatie vullen elkander aan, het pleidooi der rechtseenheid in het geheele land en het pleidooi der rechtsvereenvoudiging alom in den lande. Zoo hebben de twee nooden van het rechtsleven der XVI^e eeuw hunne populair-wetenschappelijke formuleering gevonden. De *Oratio* van DUMOULIN en HOTMAN's *Antitribonian* zijn beide geschreven in dien geest van eenzijdigheid, welke zoo gemakkelijk de uitwerking van eene groote, machtige gedachte aankleeft. Te zamen geven zij ons een helder inzicht in de psychologie van het codificatieverlangen van de eeuw der godsdienstoorlogen in Frankrijk.

II.

Uit het voorafgaande blijkt wel, dat er iets eenzijdigs schuilt in HOTMAN's inzichten en wat betreft de wijze, waarop hij de heerschende rechtsverwarring ziet, en wat betreft zijne voorstelling van deze als de eenige kwaal van het rechtsleven, dat de aandacht vraagt. Ik breng dit met nadruk naar voren, omdat de eenige monographie, welke aan den *Antitribonian* gewijd is, eene andere lezing geeft en HOTMAN's hoofdverdienste juist hierin zoekt, dat hij de codificatiegedachte van alle kanten gerechtvaardigd zou hebben ¹⁾.

Niet minder overdreven is deze andere voorstelling van denzelfden schrijver, dat HOTMAN, zij het dan te zamen met L'HÔPITAL of op diens aansporing handelend — waarover straks —, de eerste zou zijn geweest, die „den Plan einer einheitlichen, in der Volkssprache niedergeschriebenen Gesetzgebung proponirte” ²⁾, en deze andere, dat HOTMAN's motiveering van het codificatiedenkbild „für alle Völker und Zeiten durchschlagend” is geweest, zoodat

¹⁾ BARON, *Franz Hotmann's Antitribonian. Ein Beitrag zu den Codificationsbestrebungen vom XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert.* (Uit een feestbundel voor de Universiteit te Bonn). Bern 1888, bl. XXI.

²⁾ Bl. XX.

zij, zelfs en bovenal in Duitschland, „in der Zwischenzeit zweier Jahrhunderte niemals untergegangenen”¹⁾. Daarmede worden en de plaats, welke HOTMAN inneemt in de codificatiebeweging van zijn eigen tijd, en de beteekenis, welke hij gehad heeft voor de codificatiebeweging der toekomst, tot groteske verhoudingen opgeblazen.

HOTMAN, al of niet in verband met L'HÔPITAL gedacht, was op verre na niet de eerste, in wiens brein het codificatiedenkbeeld is gerijpt. Ook niet de eerste, die in zijne eeuw tot codificatie heeft opgewekt. Niet alleen had het volk zijn verlangen in die richting uitgesproken in de Statenvergaderingen van Orleans (1560) en Blois (1576)²⁾. Maar HOTMAN was zelfs onder zijne rechtsgeleerde tijdgenooten niet de voorman, wien de eer van het initiatief toekomt. In de tweede helft der XVI^e eeuw staat vóór en boven FRANÇOIS HOTMAN de figuur van dien anderen Hugenoot, CHARLES DUMOLIN³⁾.

En ook hij was de eenige niet!

In 1556 was een boek verschenen van een Parijsche rechtsgeleerde, RAOUL SPIFAME, getiteld *Dicaearchiae Henrici regis christianissimi progymnasmata*⁴⁾, waarin eene reeks van hervormingen op rechtsgebied, in den suggereerenden vorm van gefingeerde arresten, werd voorgesteld. Het bevatte ook een pleidooi voor de codificatie, eene warme aanbeveling van het plan van LODEWIJK XI, „de faire que par tout son royaume il n'y auroit que un stile et une manière de procéder en iustice, que un droict et une coustume qui seroyent rédigez par escript en ung petit volume et traicté qui pource en seroit faict en langue vulgaire”. En de schrijver betreurt, dat het plan niet tot uitvoering is gekomen, want het „eust esté cause de grandes utilitez en France” en „la faulte de ce remède a donné cours et accroissement à la malice qui est aujourdhuy au plus hault qu'elle puisse estre”⁵⁾. Het

¹⁾ Bl. XX en IX.

²⁾ Daarvan weet ook BARON wel iets, bl. XX. Zie hierover nader deel I van dit Tijdschrift, bl. 211—215.

³⁾ Zie d. t. p., bl. 206—209.

⁴⁾ Zonder plaatsaanduiding. Het boek is nu zeer zeldzaam geworden. Het is te vinden in de Bibl. Nat. onder F. 1679.

⁵⁾ 198^e arrest, bl. 259 v^o. en 260 r^o.

geschrift van SPIFAME heeft bij zijn verschijnen veel opzien gebaard, het heeft ook een zekeren blijvenden invloed geoefend. Nog diep in de XVIII^e eeuw vinden wij daarvan de sporen ¹⁾. Zelfs achtte men het toen nog de moeite waard, eene verkorte, populaire bewerking in het Fransch, met aantekeningen voorzien, in het licht te geven ²⁾.

En vóór nog de eeuw ten einde spoedde, zal MONTAIGNE den vinger leggen op de wonde plek van Frankrijk's zieke rechtsleven. Even komt in den zedeprediker de rechtsgeleerde boven, die door de ervaring van het parlamentsleven met het ongezonde van den toestand in lange dagelijksche aanraking was geweest. „Nous avons en France plus de loix que tout le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudroit à régler tous les mondes d'Epicurus . . . Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et faicts particuliers, et y attader cent mille loix? . . . Il falloit affacer la trace de ceste diversité innumérable d'opinions, non point s'en parer et en entester la postérité . . . qui ne diroit que les gloses augmentent les doubtes et l'ignorance . . . on donne auctorité de loy à infini docteurs, infinis arrêts et à autant d'interprétations . . . s'y veoid il quelque progrès et advancement vers la tranquillité. Il y a plus affaire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses et plus de livres sur les livres que sur aultre subject . . .” Wel noemt MONTAIGNE de codificatie niet, maar zijn gevolgtrekking „crois je qu'il vauldroit mieulx n'en avoir point du tout (de lois) que de les avoir en tel nombre que nous avons” leidt rechtstreeks tot de inkrimping van rechtsvoorschriften, die alleen de codificatie brengen kan ³⁾.

HOTMAN was dus noch de eenige, noch de eerste, die zon op codificatie in de dagen van CATHARINA DE MIDICIS en hare zonen!

¹⁾ B. v. bij OLIVIER, *De la réforme des loix civiles*, Paris 1786, I, bl. 248, noot: „quoiqu'on aperçoive un peu d'extravagance dans les ouvrages de ce R. S., il n'est pas moins vrai qu'il a communiqué d'excellens projets de réforme sur beaucoup d'articles de droit politique et civil”.

²⁾ *Vues d'un politique du XVI^e siècle sur la législation de son tems, également propres à réformer celle de nos jours*, par AUFFRAY, Amsterdam, 1775.

³⁾ De aanhalingen uit *Essais*, livre III, ch. XIII, uitg. *Panthéon littéraire*, Paris, z. j., bl. 601—602. Het derde boek der *Essais* dagteekent van 1588, dus vijftien jaren vóór de verschijning in druk van den *Antitribonian*.

III.

HOTMAN was ook de eenige niet, die de Fransche codificatie-politiek der XVI^e eeuw heeft beheerscht. Ook op dit stuk is de beteekenis van DUMOULIN belangrijk grooter geweest. Maar een zekere invloed is ongetwijfeld van den *Antitribonian* uitgegaan.

Het zou in dit opzicht van belang zijn, na te gaan, of HOTMAN den kanselier van het koninkrijk MICHEL L'HÔPITAL beïnvloed heeft ¹⁾, dan wel of, omgekeerd, deze laatste het codificatiedenkbeeld bij den eerste heeft gewekt ²⁾. De ondertitel van HOTMAN's boekje beleidt, dat dit geschreven werd op aansporing van L'HÔPITAL: „fait par l'avis de feu Monsieur de l'Hospital". Tegenover dergelijke posthume — ditmaal dubbel posthume ³⁾ — verzekeringen is voorzichtigheid geboden. Zij kunnen op credietversterking, door aansluiting bij een gezaghebbend persoon, zijn gericht. Heeft men niet SULLY's *Grand Dessein* eeuwen lang gehouden voor een ontwerp, dat van HENDRIK IV heette afkomstig te zijn, terwijl toch is gebleken, dat SULLY zelf tijdgenooten en nageslacht vroomelijk heeft misleid? Maar ook wanneer wij het gegeven van het opschrift als betrouwbaar mogen aanvaarden, dan is daarmee nog volstrekt niet vastgesteld, dat juist het codificatiedenkbeeld, dat toch in den *Antitribonian* geen andere rol vervult dan die van de oplossing van het vraagstuk, door L'HÔPITAL aan HOTMAN is gesuggereerd.

Intusschen weten wij van elders met zekerheid, dat MICHEL L'HÔPITAL op zijne beurt het plan eener algemeene codificatie als een lievelingsplan heeft gekoesterd. Wellicht hebben mede aan deze hooge aspiratie de tijdgenooten hulde willen brengen, wanneer zij bij herhaling den kanselier van KAREL IX begroeten als „Frankrijks SOLON" ⁴⁾. De man, die heel den duur van zijn

¹⁾ Zoo DARESTE, *Essai sur François Hotman*, Paris 1850, bl. 20 en BARON, t. a. p., bl. IX.

²⁾ Zoo, naar het schijnt, BARON, bl. XX.

³⁾ L'HÔPITAL is overleden in 1573, HOTMAN in 1590, de *Antitribonian* is gedrukt in 1603.

⁴⁾ „Ce grand SOLON de la France", P. NOVELET DE DOSCHES, in *Opusculs franç.*, hierboven aangehaald, bl. V; „SOLONI Galliarum HOSPITALIO", dezelfde

bewind de uiterste zorg aan het rechtswezen heeft besteed, die onafgebroken zon op de verbetering der rechtspraak, die drie groote ordonnances op het stuk der justitie heeft tot stand gebracht ¹⁾, heeft ook vagelijk gedroomd van de weldaden der codificatie, zonder nochtans de hand aan het grootsche ondernemen te hebben geslagen. Wij kennen dien droom uit het posthume werk, dat hij heeft nagelaten, het *Traité de la réformation de la justice*: „Aussy semble il nécessaire d'examiner aujourd'huy les loyx et ordonnances de ce royaulme, qui est nostre droict françois, soubz la reigle duquel nous vivons, rejeter les superflues, retrancher ce qui se trouvera inutile et hors d'usage, restablir et faire revivre celles qui, par nonchalance ou par nos dissolutions et mauvvaises moeurs, ne sont plus en pratique..., abroger vertueusement celles que la corruption du siècle a introduictes; conserver les bonnes, utiles et esquitables, et s'il manque quelque chose pour parvenir à la tant désirée réformation de la justice et de la police, le faire avec ung petit nombre de saiges, vertueux et expérimentez personnaiges de ce temps.” Daarbij lacht dan het voorbeeld der Justiniaansche codificatie als de uitkomst toe: „ainsy que soubz ce bon empereur le droict romain feut réformé, retranché et mis en meilleur ordre, par le travail, industrie et vigilance des plus grands jurisconsultes de ce temps là” ²⁾.

Zoo heeft ook L'HÔPITAL aan codificatie gedacht. Daarbij speelt het streven naar rechtseenheid in het koninkrijk geenerlei rol. Nergens duikt dat denkbeeld op. Van de codificatie verwacht de kanselier uitsluitend rechtsvereenvoudiging, die de plaatselijke rechtsverscheidenheid ongedeerd laat. In dit opzicht is hij geheel en al geestverwant van HOTMAN, niet van DUMOULIN. Meer dan eens spreekt hij zijne voorkeur uit voor de dagen van voorheen,

in *Elogium Fr. Hottomani, Opera*, I (1599) f°. XIIb i. f.; „*SOLONEM alterum*”, brief van HOTMAN aan GASPAR v. SEYDLITS, van 5 Juni 1572, bij DARESTE, *Revue historique* 1876, II, bl. 50, n. 1.

¹⁾ De *Ordannance van Orleuns* (1560), niet uitsluitend doch grootendeels (artt. 30—104) aan de justitie gewijd, de *Ordonnance van Roussillon sur la justice et la police du royaume* (1563) en de *Ordonnance van Moulins sur la réforme de la justice* (1566).

²⁾ *Oeuvres inédites de Michel L'Hospital*, Paris, 1825 (éd. par DUFEY), II, bl. 101—102.

toen nog „il y avoit . . peu d'ordonnances en ce royaulme" ¹⁾. En klagend voegt hij daaraan toe: „Ilz ne diront pas ainsy maintenant, car la vérité est que, depuis soixante dix on quatre vingts ans, les édicts et ordonnances sont tellement amoncelées, multipliées, qu'elles nous sont aujourd'huy à charge . . *Mole nostra laboramus*" ²⁾. In de hoop zijn land van dien drukkenden last der ingewikkelde wetgeving te bevrijden, bouwt hij op de codificatie met hare schoone belofte van vereenvoudiging en samen-trekking.

¹⁾ D. t. p., II, bl. 100, I, bl. 346.

²⁾ D. t. p., II, bl. 101.

DE CODIFICATIEPOLITIEK ONDER LODEWIJK XIV

DOOR

MR. J. VAN KAN,
Hoogleraar te Leiden.

I.

Wie uit de stukken, welke door den druk tot ons zijn gekomen, poogt de rechtsgedachte af te lezen, die het codificatiewerk van LODEWIJK XIV heeft bezielde en gedragen, is aangewezen op niet zeer overvloedig materiaal: op enkele schaarsche aanwijzingen in de inleidingen der groote ordonnances zelve, op eenige uittalingen van de mannen, die het werk hebben geleid, ten slotte op sommige gegevens, welke de verslagen der over de ontwerpen gevoerde beraadslagingen met verrassende karigheid hebben bewaard. Het beeld van de psychologie der codificatiepolitiek van de gouden eeuw der Bourbons kan met behulp van wat die bladzijden inhouden in schets-lijn worden geteekend ¹⁾. Maar die schets wekt het verlangen naarforschere afwerking, zoo deze mogelijk mocht blijken. Die gehoopte mogelijkheid wordt werkelijkheid, wanneer men zich van de gedrukte stukken wendt tot de handschriften. Want er bestaat een bundel handschriften, die zeer kostbare gegevens inhoudt over het vraagstuk, waarvoor hier de aandacht wordt gevraagd.

Toen het codificatiedenkbild werd uitgedroed, gaf de koning,

¹⁾ Zie deel I van dit Tijdschrift, bl. 215—217, 226, 227, 228.

op aanraden van COLBERT, aan de leden van den koningsraad, ieder afzonderlijk, de opdracht, verslag uit te brengen over den toestand der rechtspleging, over de heerschende misbruiken en de ter betering aan te wenden middelen. In 1665 werden den vorst de gevraagde rapporten, op een drietal na door de vervaardigers onderteevend, aangeboden. Zij zijn drie en twintig in getal ¹⁾. Zij bevinden zich thans, met een aantal andere stukken, voor het meerendeel betrekking hebbend op de voorbereiding der *Ordonnance civile* van 1667, samengebonden tot een foliant, in de *Bibliothèque Nationale* te Parijs ²⁾. De tijdgenooten hebben de openbaarmaking niet ter hand genomen, hetgeen verklaarbaar wordt, zoo men bedenkt, dat der schrifturen aan den koning persoonlijk waren gericht, niettemin in zooverre bevreemdend blijft, als de processen-verbaal der beraadslagingen van de met de codificatie belasten meer dan één weg naar de drukpers hebben weten te vinden. Men heeft blijkbaar niet veel waarde gehecht aan het stille werk der voorbereiding, hetwelk voor het overgrootste deel de wetgeving, gelijk deze is tot stand gekomen, ook weinig heeft beïnvloed. Het is te hopen, dat onze tijd, die een open oog heeft voor de kennis der gedachten en verlangens van het verleden, ook op rechtsgebied, niet langer een zoo kostbaar document voor de algemeene leesbaarheid zal verborgen houden. Mede tot aansporing in die richting wordt een der *mémoires*, bescheiden van afmeting en voor ons onderwerp van belang, hierachter, als bijlage bij dit opstel, afgedrukt.

De leden van den raad des konings hebben hunne taak zeer uiteenlopend opgevat. Sommigen hebben, kortzichtig, alleen of bovenal gewezen op de misbruiken, welke heerschend waren in de rechtspleging en welke zij meenden te kunnen verhelpen door vermindering der kosten, door hogere eischen aan de benoembaarheid der rechters te stellen, door scherper toezicht op de benoeming der rechters te oefenen, door vereenvoudiging van

¹⁾ Door een der leden werden echter niet minder dan vijf *mémoires*, niet één geheel vormend en van verschillende dagteekening, ingereikt. Alle andere stellers hebben zich beperkt tot het schrijven van één rapport.

²⁾ Département des Manuscrits. Fonds Clairambault, nr. 613. ESMEIN heeft op het bestaan daarvan het eerst de aandacht gevestigd, *Histoire de la procédure criminelle en France*. Paris, 1882, bl. 180 vv.

procesvormen. Maar anderen hebben begrepen, dat dieper gelegen ziektekiemen het rechtaleven hadden aangetast, dat ingrijpende en veelomvattende middelen ter genezing moesten worden aangewend. Zoo kwam ook binnen den gezichtskring het gansch het materiële en formeele, gansch het privaatrecht en het strafrecht omvattende middel der codificatie. Geen andere stem uit de XVII^e eeuw verhaalt ons met zooveel duidelijkheid en zooveel beslistheid wat de generatie, die de groote ordonnances heeft tot stand gebracht, van de codificatie heeft verwacht.

II

De raadslieden van LODEWIJK XIV maanden tot het ondernemen der eenheidswetgeving, ten einde paal en perk te stellen aan de rechtsversnippering in den lande.

Enkelen hunner hadden daarbij vooral de eenheid van het procesrecht op het oog, hetzij van alle procesrecht: „une mesme forme et stile de procéder tant en matière civile que criminelle”, vast te leggen in éene regeling „quy soit universellement observé”¹⁾, hetzij van het strafproces in het bijzonder: „pour la procédure criminelle on pouroit dresser un formulaire nouveau . . afin que sur sceluy on puisse établir une procédure certaine et uniforme dans tout le royaume”²⁾. Eenmaal wordt de nationale eenheid van het procesrecht gewenscht door een mémoire-schrijver, die de eenheid van het materiële recht voorloopig nog onbereikbaar acht: „il seroit à désirer que, si la loy ne peut pas estre égale par tout à cause de la différence des coutumes, en attendant que l'on y puisse pourvoir, la forme de procéder en toutes justices fût égale”³⁾.

Doch ook het grootschere ondernemen, de unificeering van het materiële privaatrecht, had de scherpe aandacht. Niet dat allen wenschen in dezelfde richting gaan. Van de weldaad der nationale rechtseenheid is nog niet ieder overtuigd: „Quant aux coutumes, zegt een der mémoires, comme elles ont esté réformées à la fin du siècle passé avec beaucoup de soin, il semble que l'on n'a

¹⁾ *Mémoire d'ESTEMPES DE VALLANÇAY*, bl. 117 van den bundel.

²⁾ *Mémoire BOUCHERAT*, bl. 75.

³⁾ Ongeteekend rapport, bl. 585.

point à y toucher" ¹⁾). Do meesten denken daarover wel anders, maar niet ieder durft de bezwaren der onderneming aan. Zoo wil een der raadslieden wel „établir des maximes générales pour la justice", maar hij voegt daaraan deze beperking toe, die heel den opzet tot onvruchtbaarheid doemen moet: „fors celles particulières continuées dans les coutumes que l'on ne peut changer" ²⁾).

Aarzelend staat ook tegenover het vraagstuk het advies, dat op de latere wetgeving verreweg den grootsten invloed geoefend heeft, het advies van PUSSORT. Deze begrijpt wel, dat een gezonde toestand niet kan worden verkregen „qu'en assujettissant tous les juges à l'observation des mêmes ordonnances et réglemens" ³⁾. Maar hij ziet op tegen de gevolgtrekking, dat daarmede ook die gewesten en steden in de algemeene rechtsniveleering zullen worden begrepen, wien, als voorwaarde voor hunne inlijving bij het koninkrijk, het behoud van hun recht en van hunne voorrechten is toegezegd. Ten aanzien van die voorvraag durft hij geen standpunt in te nemen. Hij legt haar den koning ter beslissing voor, al geschiedt zulks op eene wijze, die het antwoord in niet twijfelachtigen zin suggereert. En voor het — onverhoopte — geval de koning mocht vasthouden aan het particuliere recht, wil hij althans de plaatselijke gebruiken zien afgeschaft" ⁴⁾. Hoe de beslissing ook uitvalle, in elk geval „il seroit à propos de former un corps de toutes les ordonnances que vostre Majesté voudra estre gardées dans son royaume" ⁵⁾. Zóó alleen kan een einde worden gemaakt aan den toestand, waarbij „le succès d'une affaire renvoyée dans une compagnie est assurée, renvoyée dans une autre est désespérée" ⁶⁾. Hier is geen sprake van eene verzameling ordonnances in den geest van den *Code* HENRI III of den *Code* LOUIS XIII of ook van latere dergelijke, maar van een wetboek in den vollen zin des woords: „les commissaires les (= ordonnances) rédigeront

¹⁾ *Mémoire* DE SÈVE, bl. 471.

²⁾ *Mémoire* D'ESTEMPES DE VALLANÇAY, bl. 117.

³⁾ *Mémoire* PUSSORT, bl. 445—446.

⁴⁾ „Si vostre Majesté prend résolution de confirmer les statuts et coutumes particuliers, au moins y a il nécessité d'abolir et retrancher tous les usages qui se rencontreront contraires aux ordonnances si ce n'est qu'ils soient fondez en disposition de statuts et coutumes". Bl. 447.

⁵⁾ Bl. 447—448.

⁶⁾ Bl. 447.

en un seul volume qui sera qualifié „Les ordonnances de LOUIS XIV” et ce vollume sera distingué par livres suivant les matières généralles, par exemple „des contracts”, les livres par tiltres selon les différentes espèces de contracts, les articles seront rangés dans les tiltres et prescriront nettement et succinctement ce qui debvra estre observé sur chacusne affaire en particullier” ¹⁾. De uitvoering van dat plan moge op moeilijkheden stuiten, onoverkomelijk zijn deze allerminst: „l’exécution n’en est pas impossible dans ce royaume..” en daaraan wordt toegevoegd: „elle est aussi d’une nécessité prèsqu’ indispensable au dessein de la réformation des désordres de la justice” ²⁾.

Andere leden van den raad dringen zonder aarzelen of zonder beginselbezwaren te gedenken aan op de eenheidsregeling van het burgerlijk recht. Zoo meent een hunner: „Et que la jurisprudence fût uniforme pour les mesmes questions, il seroit utile de faire une déclaration qui régla toutes ces questions à qu’elles fussent toutes jugées uniformément par des juges ausquels un mesme prince communique sa puissance” ³⁾. De voorstelling omtrent eene dergelijke „déclaration” moge vaag voorkomen, practische verwezenlijking zou deze alleen in een wetboek kunnen vinden.

Een ander advies, opgesteld door een schrijver, die zijn naam verzwijgt, levert een krachtig betoog voor de wenschelijkheid van de nationale eenheidsregeling van het privaatrecht. Ook daarin wordt het woord wetboek niet genoemd, doch de taak wordt duidelijk omschreven als „concilier toutes les loix et ordonnances, coustumes et usages des provinces et en composer une coustume universelle qui fust seulle observée dans tout l’estendue du royaume” ⁴⁾. Tot dien wensch wordt de steller bewogen door de waarneming van „la diversité ou plustost la contrariété formelle qui se rencontre dans les loix, les ordonnances et les coustumes gardées entre les sujetz d’un mesme estat qui n’ habitent pas dans des régions séparées par les mers et dans des plages escartées, mais qui sont de proche en proche presque sous un mesme

¹⁾ Bl. 454—455.

²⁾ Bl. 446.

³⁾ *Mémoire* BOUCHERAT, bl. 74.

⁴⁾ Toevoeging in margine bl. 648.

climat et qui parlent une mesme langue" ¹⁾). Dat veroorzaakt onmiddellijk en middellijk rechtsverwarring: onmiddellijk „ces grandes contrariétés" ²⁾, waarvan sprekende voorbeelden worden vermeld, middellijk „cette bigarure de loix et de coustumes qui partagent les esprits, qui donnent lieu à une infinité de contracts et de clauses pour y déroger, qui servent de semence aux procès dans les familles" ³⁾. Daartegenover staat de eenheidsregeling met schoone belofte: „une seule coustume bien concertée dans la justice" ⁴⁾. De moeilijkheden, aan de onderneming verbonden, ontveinst de steller zich niet, doch hij gedenkt haar slechts om met te meer klem te wijzen op de mogelijkheid haar te overwinnen ⁵⁾.

Zoo klinkt ons het motief der rechtseenvormigheid tegen uit de overdenkingen van deze raadgevers der codificatie van LODEWIJK XIV.

III.

Uit hunne overwegingen spreekt ook het motief der rechtsontwarring.

Een der adviezen wil in het bijzonder in het strafproces zekerheid brengen door eene nieuwe algemeene wetgeving, streeft echter tevens naar dezelfde zekerheid voor de „jugemens donnez pour assurer les biens des particuliers dans les compagnies" ⁶⁾. Een ander klaagt over „la diversité qui se rencontre dans le parlement de Paris sur le jugement de plusieurs questions" en stelt het als gemakkelijk voor, „de réformer les désordres qui naissent à cause de la diversité des affaires et contrariété des jugemens" ⁷⁾. Dat dit gemakkelijk middel codificatie heet, wordt echter niet met zoovele woorden gezegd. Een derde advies speurt de groote kwaal van het rechtsleven eveneens in de onzekerheid, veroorzaakt door „la multiplicité et différence d'arrestz", gevolg van de bonte door-eenmengeling van de vaak tegenstrijdige regelingen der ordonnances,

¹⁾ Bl. 648.

²⁾ Bl. 649.

³⁾ Bl. 650.

⁴⁾ D. t. p.

⁵⁾ „Toutes ces difficultés sont les mesmes que l'on oppose toujours aux grandes entreprises, mais qui s'évanouissent lorsque l'on descend à l'aplication particulière". Bl. 650.

⁶⁾ *Mémoire* BOUCHERAT, bl. 75 en 74.

⁷⁾ *Mémoire* GOBELIN, bl. 149 en 152.

„coustumes et lois municipales des pays et provinces” en beveelt als uitkomst aan „une loy claire et certaine”, gedacht als eene verzameling van rechtsvoorschriften, welke de verschillende bronnen, waaruit het recht vloeit, tot een harmonisch geheel vereenigt, eene wetgeving dus tot beteugeling van de alom heerschende plaatselijke rechtsverwarring”¹⁾.

Het krachtige pleidooi voor de codificatie ter bezwering van de rechtsverwaring wordt geleverd door den raad DE GOMONT. Van de tot hem gerichte uitnoodiging heeft hij gebruik gemaakt om niet minder dan vijf rapporten in te zenden. Met name het tweede — hierachter als bijlage in zijn geheel afgedrukt — heeft op ons onderwerp betrekking. DE GOMONT hangt daarin een somber tafereel op van de veelheid der gedingen, die het in rechte kijvende en strijdende Frankrijk onafgebroken bezighouden. Twee hoofdoorzaken worden daarvoor aangewezen: de trage procesgang en de „incertitude de la descizion”, die zelve weer voortkomt uit de rechtsonzekerheid, „tant par ce qu’il y a trop de loix que par ce qu’elles sont différentes; il y en a mesme souvent de contraires sur une mesme chose”, tengevolge waarvan „l’on juge diversement non seulement par la différence des provinces ou par la diversité des coustumes — hier wordt even het gezichtspunt der nationale rechtsverscheidenheid in het vizier genomen, maar niet daaraan hecht de steller de groote waarde —, mais de plus dans les sièges d’une mesme province et d’une mesme coustume, et dans un mesme parlement sur (une) mesme question en diverses chambres et quelquefois encore sur une mesme question en une mesme chambre et sans qu’il y ayt de circonstances différentes dans le faict”²⁾. Om uit het moeras te geraken, ziet de steller drie mogelijkheden: men kan al de bijzondere onzekerheden tot oplossing brengen — hetgeen niet wel doenlijk is —, men kan maken „un corps général de toutes les ordonnances, déclarations et réglemens, en y adjoustant les choses qui ne sont pas encore décidées réglant par ce corps général tout ce qui doit estre suivy”, en men kan hieraan nog toevoegen „tout ce qui est des coustumes et des autres loix et usages qui se practi-

¹⁾ Ongeteekend rapport, bl. 494, 493, 491.

²⁾ *Second mémoire* DE GOMONT, bl. 168.

quent en tous les lieux qui sont de la domination du roy, pour ne faire plus qu'une coustume ou plustot qu'une mesme loy ou une mesme jurisprudence" ¹⁾. Dat wil, met vele woorden, zeggen: een wetboek of gelijk de steller het elders korter noemt „un corps de loix dans le royaume" ²⁾. DE GOMONT ontveinst zich overigens niet de vele en groote moeilijkheden van allerlei aard, aan de totstandkoming van het wetboek verbonden, en een goed deel van de twee eerste rapporten is gewijd aan de bespreking daarvan, die in hare slotgevolgtrekking echter krachtig optimistisch is gestemd.

Wanneer dan een wetboek van materiëel privaatrecht mogelijk blijkt, dan zal een wetboek van procesrecht een veel gemakkelijker te volvoeren taak blijken: „Quant à la procédure, l'on peult prescrire un seul et mesme style dans le royaume et en cela il n'y a qu'à vaincre l'usage des juges et des procureurs, ce qui est bien plus facile que l'uniformité des loix" ³⁾.

IV.

Het derde codificatiemotief, het motief der rechtsveiligheid, heeft mede de plannen van de raadgevers van LODEWIJK XIV geïnspireerd.

Een der adviezen wil aansturen op eenheid van rechtspraak, althans „dans toutes les compagnies souveraines", opdat zoo het rechtsleven veilig worde gesteld tegen de oorzaak der verscheidenheid, „la liberté que les juges se donnent de changer les ordonnances, sous prétexte de les interpréter" ⁴⁾. Dat die eenheid van rechtspraak wetgeving veronderstelt, wordt niet gezegd. Een ander brengt dien eisch naar voren: „faire des lois certaines sur diverses questions qui se jugent diversement". Uitdrukkelijk wordt daarbij, als motief, de veiligstelling der rechtzoekenden tegen rechterlijke willekeur aangegeven. Zelfs wordt de nationale rechtsongelijkheid willig aanvaard ⁵⁾, maar dat verschillende beginselen

¹⁾ Bl. 169—170.

²⁾ *Premier mémoire* DE GOMONT, bl. 159.

³⁾ Bl. 176.

⁴⁾ *Mémoire* DE MARILLAC, bl. 329.

⁵⁾ „On ne parle pas de ce qui se gouverne par différentes maximes en divers parlemens, parce que l'usage et les coustumes des provinces estant différentes, les jugemens le peuvent estre aussy et cela ne fait point de trouble aux sujets du roy." *Mémoire* DE SEVE, bl. 468.

worden gehuldigd in de verschillende kamers van éenzelfde parlement, zoodat de uitspraken niet worden ingegeven door wet en rede, doch afhangen van toeval en rechtersgril¹⁾, ziedaar „un désordre que la justice ne peut supporter”.

Ook PUSSORT's opwekking tot codificatie wordt mede door redenen van voorzichtigheid tegenover de rechterlijke overheid ingegeven. Wanneer hij de oorzaken opspoort van „les grands maux que les désordres de la justice répandent dans vostre estat”²⁾, dan noemt hij onder meerdere ook „le pouvoir qu'ils (les juges) ont usurpé d'interpréter les ordonnances”³⁾, welke usurpatie dan later wordt gebrandmerkt als „une entreprise sur l'autorité royale à laquelle seule appartient de faire les loix et les ordonnances”⁴⁾. En wanneer hij de samentrekking van rechtsnormen in wetboeken begroet als het middel om uit den rechtsnood te geraken, dan wordt zijn inzicht in de taak, welke de codificatie te vervullen krijgt, mede bepaald door het standpunt van gewenschte starre vastlegging van alle recht, welk standpunt hem eene zoo krasse uitspraak als deze in de pen geeft: „Un état gouverné par de mauvaises loix, mais certaines et invariables, vault mieux qu'un autre qui les a bonnes mais sujettes à changement”⁵⁾.

V.

Zoo zien wij in de geschreven stukken de hoofdmotieven tot uiting gebracht, welke aan de codificatiebeweging van COLBERT's bewind grondslag en richting hebben gegeven. Daarnaast komen mede tot uiting de drie bijkomstige motieven, die ook in deze phase van het codificatieverlangen, gelijk daarvoor en daarna, eene meer bescheiden, maar toch altijd nog eene zekere rol hebben

¹⁾ „Dans les chambres d'un mesme parlement les maximes soient différentes et que la décision d'un procès ne dépende point de la loy ou de la raison, mais du sort ou de la cabale d'une distribution et de l'affection que chaque chambre prend pour ses propres sentimens...” D. t. p.

²⁾ *Mémoire* PUSSORT, bl. 397.

³⁾ *Mémoire* PUSSORT, bl. 401. Ook in het tweede advies DE GOMONT vinden wij dit verwijt terug: „les juges s'attribuent trop d'autorité pour l'interprétation”. Bl. 169.

⁴⁾ D. t. p., bl. 437.

⁵⁾ D. t. p., bl. 444.

gespeeld: het motief der staatkundige eenheid, het motief der rechtsverbetering en het motief der vorstelijke eerezucht.

Het motief der staatkundige eenheid. Het klinkt even door in het betoog voor de eenheidswetgeving van den raad BOUCHERAT, wien de uiteenlopende verscheidenheid der rechtspraak mede hierom hindert, omdat zij afkomstig is van „des juges auxquels un mesme prince communique sa puissance” ¹⁾. Het wordt krachtiger herhaald in een der ongeteekende mémoires: „Il est bien difficile que toutes ces grandes contrariétés ne produisent quelques oppositions dans les esprits, l’uniformité des loix aussy bien que l’unité d’une religion et du gouvernement les concilie et ce seroit effacer les derniers vestiges d’une domination estrangère, dont le souvenir s’entretient toujours par les marques extérieures, que de donner une seule coustume dans le royaume...” ²⁾.

Het motief der rechtsverbetering. Verbetering brengt de codificatie doordat zij generaliseert en dus vereenvoudigt, „des maximes généralles pour la justice” ³⁾. Verbetering brengt ook de codificatie doordat zij de gelegenheid tot rechtsverjonging biedt, „retrancher toutes les ordonnances qui ne conviennent plus aux mœurs”, doordat zij het verouderde en het overtollige over boord werpt, „toutes celles qui ne sont plus en usage et dont la répétition n’est pas nécessaire..., toutes les préfaces et discours inutiles”, doordat zij verheldert en verduidelijkt, „réformer ce qui est douteux, ce qui a double sens et lui donner une disposition certaine...” ⁴⁾.

Het motief van den vorstenroem. De weinig zeggende vleitaal van de raadgevers der kroon, die allen leven in de schaduw van het hof, klinkt in die dagen als een beleefdheidsvorm, dien het protocol voorschrijft in acht te nemen jegens den vorst. Het loont de moeite niet, daarop de aandacht te vestigen. Maar soms wordt de roem den wetgever-codificator ter aansporing van zijn ondernemingsgeest voorgehouden. „Il seroit glorieux pour exécuter et accomplir les bonnes intentions dn roy...”, zegt zachtens het advies D’ESTEMPES ⁵⁾. „La réformation générale de la justice

¹⁾ Bl. 74.

²⁾ Bl. 649.

³⁾ *Mémoire* D’ESTEMPES DE VALLANÇAY, bl. 117.

⁴⁾ *Mémoire* PUSSORT, bl. 452—453.

⁵⁾ Bl. 117.

et de ne faire qu'un corps de loix dans le royaume'', zoo suggereert krachtig en regelrecht op het doel afgaand het eerste rapport DE GOMONT, „est le plus grand, le plus illustre, le plus glorieux dessein qui ayt jamais esté..."¹⁾. En PUSSORT spoort den koning aan met eenigszins andere woorden: „Cette uniformité d'ordonnances et réglemens est non seulement digne de la majesté d'un grand roy... Par ce mojon j'espère qu'on pourra achever l'ouvrage le plus glorieux à vostre Majesté et — voegt hij er aan toe — à son estat"²⁾. „Ce seroit'', zoo de belangrijkste der ongenoemde mémoire-schrijvers, „ce seroit le plus mémorable ouvrage, le plus juste et le plus digne de la toute puissance d'un grand roy et qui marqueroit bien la justice de son règne"³⁾.

Zoo werd ook den grooten LODEWIJK de belofte van roem, die den koning-wetgever wacht, gedaan door hen, die de wetgeving op ruime schaal zoo vurig wenschten.

VI.

Wij hebben vroeger, steunend op de uitingen der tijdgenooten in de door den druk tot ons gekomen stukken, eene voorstelling trachten te geven van de rechtsgedachte der codificatiepolitiek, die geleid heeft tot de groote ordonnances van LODEWIJK XIV. Die voorstelling wordt in hare hoofdlijn bevestigd, in bijzonderheden uitgewerkt en toegelicht door de doorlezing van de onuitgegeven mémoires van des konings raadgevers.

¹⁾ Bl. 159.

²⁾ Bl. 446 en 455.

³⁾ Bl. 649.

BIJLAGE.

Second Mémoire DE GOMONT (septembre 1665).

LA FIN DE LA RÉFORMATION DE LA JUSTICE.

[bl. 167]. Les procès occupent tant de gens dans le royaume qu'il est nécessaire d'y apporter le remède.

Le nombre des plaideurs est si grand qu'il faut quasi le compter par le nombre des sujets, n'y aiant presque personne dans le royaume qui ne plaide et, comme il y en a de toutes conditions, cela divertit de la cour, des armées, du commerce, des manufactures et du labour de la terre et mesme du service de Dieu et de l'église. Non seulement les chrestiens, mais les ecclésiastiques et les religieux, l'on n'en voit que trop souvent dans les lieux où sont les tribunaux de la justice et chez les juges, chez les advocats, les procureurs et les greffiers.

La quantité des procès faict aussy qu'il y a beaucoup de juges, une infinité d'advocats, de greffiers, de procureurs, d'huissiers, de sergents, de servitaires, d'élèves, de postulans et de solliciteurs, qui tous n'ont point d'autres professions et qui, sans les procès, auroient pris d'autres emploiz. Ils auroient esté utiles à la république au lieu que leurs ministères ne servent qu'à la ruiner.

L'on ne peult pas faire qu'il n'y ayt des procès et partant des juges, des advocats et d'autres ministres de la justice. Il en fault, quand ce ne seroit [bl. 168] que pour régler les successions et les partages, outre plusieurs différendz qui arivent ou de faict ou

de droict ou de tous les deux ensemble. Cela est inévitable dans le monde et principalement dans la France, où l'on y est accoustumé, mais il fault en rehausser le nombre. Il sera rehaussé si l'on oste les causes qui produisent et qui entretiennent tant de procès.

Il y en a deux causes principales: l'une l'incertitude de la descizion et l'autre la longueur des procédures.

L'incertitude de la descizion provient de celle des loix, tant par ce qu'il y a trop de loix que par ce qu'elles sont différentes. Il y en a mesme souvent de contraires sur une mesme chose. L'on juge diversement, non seulement par la différence des provinces ou par la diversité des coustumes, mais de plus dans les sièges d'une mesme province et d'une mesme coustume, et dans un mesme parlement sur [une] mesme question en diverses chambres, et quelque fois encore sur une mesme question en une mesme chambre et sans qu'il y ait de circonstances différentes dans le faict, ce qui vient ou de ce que les loix ne sont pas assez claires sur cette question, ou par ce qu'elles ont esté corrompues par des arrests que l'on dicte avoir esté [bl. 169] donnez en pareil cas, ou par ce qu'il n'y a point de loix sur ce sujet, ou par ce qu'il y en a trop, ou par ce que les juges s'attribuent trop d'autorité pour l'interprétation, ou par ce qu'ilz en négligent quelquefois l'estude.

Quant à la longueur de la procédure, elle est quasi telle que les advocats, les procureurs et les parties le veulent; il seroit souvent plus expédient ou qu'un créancier ait perdu sa debte, au lieu d'en avoir demandé et poursuivy le payement, ou que les plaideurs eussent du commencement perdu leurs procès que de les avoir gagné par la suite, à cause de la perte du temps et de la quantité des frais, y aiant bien plus de faux frais que de ceux qui entrent en taxe.

Tous ces maux sont publics, il fault y chercher les remèdes. C'est de réformer la justice, en la décision et aux procédures. L'on entend sous ce mot de justice comprendre aussy la police et les finances et tout ce qui est sujet à réformation.

Les loix peuvent estre réformées ou en établissant seulement ce qui est incertain — cette incertitude est en très grand nombre et dans l'estendue du parlement de Paris et dans tous les autres

parlemens et principalement quand il y a des révocations d'un parlement en un autre, auquel cas il n'y a rien d'asseuré en la descizion —; [bl. 170] ou en faisant un corps général de toutes les ordonnances, déclarations et réglemens, en y adjoustant les choses qui ne sont pas encore décidées, réglant par ce corps général tout ce qui doit estre suivy, auquel cas l'on ne se servira plus de ce qui n'y sera point compris — cecy est une très grande et très difficile entreprise —; ou en y joignant encore tout ce qui est des coustumes et des autres loix et usages qui se pratiquent en tous les lieux qui sont de la domination du roy, pour ne faire plus qu'une coustume ou plustôt qu'une mesme loy ou une mesme jurisprudence, en suivant le dessin de Louis XI, n'y avoir qu'une coustume, un poids et une mesure dans ce royaume. Le roi Henri IV^e eut aussy le mesme dessein, Maître Anne Robert, advocat, y ayant travaillé par son ordre.

Cette dernière réformation semblera d'abord impossible par plusieurs raisons.

La 1^{re} qu'il y a un très grand nombre de coustumes différentes dans le pays coustumier tant en deçà qu'au delà de la rivière de Loire et en toutes les autres provinces.

La 2^e qu'il y a des pays qui se régissent suivant le droict escrit, et mesme différemment les uns des autres, comme le Lionnois, le Mascannois, le Forest, le Beausalois et une partie [bl. 171] de l'Auvergne, dans l'estendue du parlement de Paris. Les parlemens de Tolose, d'Aulphiné, Provence et Paux sont de droicts escrits, mais différendz en décizion et aucuns ont des usages particuliers. Bordeaux et Bourgogne ont des coustumes et suivent beaucoup le droict escrit, Bretagne et Normandie sont provinces coustumières, celuy de Mets est partagé.

La 3^e qu'il y a des pays d'estats et avec des privilèges bien différendz, comme Bretagne, Languedoc et Bourgogne. La Normandie n'en a plus qu'une ombre.

La 4^e que ce qui a esté conquis et uny à la France, doit conserver ses loix, ou suivant les articles des capitulations particulières ou suivant les traitez de paix, et entre autres par celuy de Munster, en 1648, et par celay des Pirénées, en 1659.

L'on dira qu'il y a impossibilité de rendre tout uniforme, car

encore que l'on puisse faire certaines loix communes à tout le royaume, il y en a qui sont tellement particulières en chacun pays, que l'on ne peult pas les changer, par ce que tout le pays a esté eslevé et nourry sous ses loix et principalement en matière de partages et de successions. A Paris un aîné partage esgalement les meubles et les rotures, et il a là [bl. 172] la moitié en fiefz s'il y a plusieurs enfans et tous les autres enfans l'autre moitié, et il a les deux tiers en fiefz s'il n'y a que deux enfans. Les enfans du filz aîné, soit filz ou filles, ont le droict d'ainesse de leur père et, quand il n'y a que filles, il n'y a point de droict d'ainesse, la représentation y a lieu infiniment en directe et en collatérale, jusques aux enfans des frères. L'on n'y peult faire de testament qu'à XX ans pour les meubles acquistz et conquistz et à XXVI ans pour le quint des propres, si ce n'est quand le testateur aagé de plus de vingt ans n'a point de meubles. Il y a des coustumes où l'aîné, soit masle ou femelle, emporte les meubles en payant toutes les debtes mobilières. En d'autres l'aîné a tousiours les deux tiers des fiefz, en d'autres tousiours les quatre quints, en d'autres on peut luy rehausser un quint datif, en d'autres il a le tout en propriété à la charge de l'usufruit de certaines portions à ses puisnez, en aucunes les filles ont leurs portions en propriété et en d'autres elles n'ont ny propriété ny usufruit. En d'autres il n'y a qu'un seul héritier. En aucunes il y a une légitime et en d'autres non, et mesme les légitimes sont différentes. En aucunes la représentation n'a point de lieu pour le droict d'ainesse, en d'autres elle a lieu si l'aîné laisse un masle; en d'autres la représentation n'a [bl. 173] point de lieu en ligne collatérale, en aucunes elle a lieu indéfiniment aussy bien qu'en directe, en d'autres elle a lieu indéfiniment quant aux rotures et non pas quant aux fiefz, ny mesmes quant aux meubles; et en d'autres elle n'a pas mesme lieu en directe. En des coustumes l'on partage noblement par la seule qualité des fiefz et en d'autres par la seule qualité de la naissance, en d'autres si les fiefz sont tombés en tiers foy. Chacune coustume a sa loy pour la faculté de tester soit pour l'aage, soit pour la formalité, soit pour les dispositions. Aux uns l'on admet les retraicts lignagers seulement pour les propres, aux autres pour les acquitz

et conquists, aux uns au plus diligent et aux autres au plus prochain parent et selon les degrés des successions, aux autres le retraict lignager est incogneu. Aux uns l'on reçoit les substitutions, soit par contract, soit par testament, aux autres on ne les reçoit que par contracts, quoy qu'autresfois l'on ne réservoir point les institutions contractuelles, en d'autres coustumes l'on ne reçoit point du tout les substitutions. Les degrez de substitution sont différends: en aucun lieu on les compte suivant la Nouvelle 159 et avec des différentes interprétations, si par générations ou par testes; en d'autres lieux l'on suit l'ordonnance d'Orléans, [bl. 174] qui restrainct à deux degrez outre l'institution, en d'autres l'ordonnance de Moulins qui admet quatre degrez et sans admettre la distinction de l'ordonnance pour le temps. Les payemens des debtes sont encore différendz, et mesmes sur une mesme coustume il y a des opinions différentes et des arrests différendz, et ainsy du reste.

La pluspart sont persuadez qu'il est impossible de changer la manière de vivre que l'on a dans son pays et quasi de la nature. Néanmoins cette impossibilité n'est plus insurmontable dans l'estat présent de l'autorité du roy et de la soumission des sujets, pour veu que les choses soient conduictes avec prudence, comme elles le seront infailliblement, et que ceux qui travailleront à cette réformation ayent toutes les qualités nécessaires et en soient bien persuadez. Mais cela doit faire que, d'autant plus la chose est difficile ou qu'elle paroist impossible, il est absolument nécessaire d'y apporter plus d'application et d'y faire travailler des personnes en qui le public ayt créance.

Il n'est pas inutile de remarquer que ceux qui ont des biens en quantité d'endroits sont à présent subjectz à quantité de loix et de coustumes. Ilz peuvent avoir encore leur demeure en un autre endroit suivant laquelle il fault [bl. 175] régler leurs meubles et tous leurs effects mobiliars, et à l'esgard des héritages, des rentes foncières et de ce qui a une espesce de scituation, il fault suivre la loy de la situation. Et s'il n'y a plus qu'une coustume, ilz n'auront plus qu'une mesme loy, ce qui abrogera une infinité de procès, et chacun sçaura par ce moien comment l'on doit régler les biens dans tout le royaume.

L'une des principales choses à suivre est que les arrestz ne fassent plus de jurisprudence soit contre la loy, soit pour interpréter la loi, car par ce moien les parlemens font la fonction du souverain. Et de plus il en avint beaucoup d'inconvéniens. L'on a veu des arrestz portant un règlement général par ce que les juges avoient intérestz dans pareille question; l'on en a veu estre pris pour dérision d'une question quoyque la question n'y eût jamais esté traictée; l'on en a veu où la question avoit esté traictée, mais où l'on a jugé par des circonstances particulières sans juger la question, et quelquefois l'on cite des arrests qui n'ont esté rendus que par quelques considérations des personnes intéressées.

Si l'on dict que cette diversité de coustumes et de loy donne lieu de conserver les familles par les avantages des aisnez, l'on peult apporter des remèdes [bl. 176] à cela et aux prétendues impossibilités prédites, en réglant au proffit des aisnez ce qui se trouvera le plus juste, soit par la coustume de Paris ou par d'autres coustumes ou mesme selon le droict escrit, en donnant la liberté plus grande que dans les coustumes de laisser ses biens par testament et principalement à son filz aisné. Par ce moyen il n'y auroit qu'une mesme loy dans tout le royaume, mais l'exécution en seroit différente suivant l'esprit de chacun pays. L'on trouvera encore d'autres remèdes et sur chacune matière, lors que l'on y aura bien faict réflexion.

Quant à la procédure, l'on peult prescrire un seul et mesme style dans le royaume et en cela il n'y a qu'à vaincre l'usage des juges et des procureurs, ce qui est bien plus facile que l'uniformité des loix où toutes sortes de personnes ont intérêt.

Il faudra pareillement régler les espices et les autres droicts particuliers des greffiers et faire des exemples de ceux qui y contreviendront, par ce que, jusques à présent, tous les réglemens faicts pour les droicts des greffiers n'ont servy d'aucune chose.

Il fault faire son possible d'assembler tous les styles de chacun siège, tant des parlemens et des présidiaux que d'autres justices royales et ensuite des grands sièges des seigneurs [bl. 177] et de tous ces styles en prendre ou en faire ce qui soit le meilleur et le plus court et le faire observer par tout.

Il faudra prendre garde de ne plus tomber dans les inconvé-

niens de l'ordonnance de 1539. Elle fut faicte pour l'abréviation des procès et elle est ainsy qualifiée et il n'y a jamais eu d'ordonnance qui ayt causé tant de procès.

Il ne fault pas aussy que cela soit aussy juvénile que les capitulaires de Charlemagne, qui furent faicts pour n'y avoir qu'une loy dans le royaume et qui n'ont quasi point eu de force de loy. Le plus grand avantage qu'ilz aivoient est qu'ilz sont appelez les fontaines ou les fondemens du droict françois.

SCABINIUM

(Bijdrage tot de kennis van de oude rechterlijke organisatie van Zeeland)

DOOR

MR. R. FRUIN,

Algemeen Rijksarchivaris, te 's-Gravenhage.

In zijn tot vernieuwd onderzoek opwekkend werk over *De rechterlijke organisatie van Zeeland in de Middeleeuwen* geeft GOSSES ¹⁾ eene nieuwe interpretatie van art. 26 van de keur van FLORENS den Voogd ²⁾, welke hij tot hoeksteen maakt van zijne beschouwing omtrent de oude rechterlijke organisatie in Zeeland. „Landsake”, betoogt hij, zijn niet geschillen over grondeigendom, gelijk tot dusverre aangenomen was, maar forefacta, delicten, inzake heemrecht. „Omnia spectant ad comitis veritatem excepta landsake” beteekent dus: alle strafzaken staan tot 's graven waarheid behalve in geval van heemrecht. Het komt mij voor, dat tegen dit betoog weinig kan worden ingebracht ³⁾. Daarentegen ben ik het niet eens met de conclusie, die GOSSES uit het artikel trekt ten opzichte van de competentie van de grafelijke vierschaar eener-, het schepengerecht anderzijds. Men kan m.i. uit art. 26 niet afleiden, dat door de grafelijke vierschaar alle strafzaken berecht werden behalve landzaken, die dus tot de competentie van het schepengerecht behoorden.

Immers er wordt in het onderhavige artikel niet gesproken van het gerecht, dat het vonnis velt, maar van het bewijsmiddel, waarmee het delict bewezen moet worden. In de grafelijke vierschaar, gelijk bij elke oude rechtspraak, werden slechts formeele bewijsmiddelen, zooals de eed of de kamp, toegelaten. Was er

¹⁾ Bl. 23 vlg.

²⁾ *De keuren van Zeeland*, uitgegeven door R. FRUIN, bl. 3 vlg.

³⁾ Vroeger (*Museum*, Juni 1918) heb ik twijfel aan de juistheid van GOSSES' betoog geopperd; maar ik neem dien thans terug.

dus een onderzoek naar de juiste toedracht der zaak, naar de „waarheid” noodig, dan kon dat niet geschieden in de vierschaar zelve; maar de graaf onderzocht met een drietal zijner mannen de zaak buitengerechtelijk. In het gerecht werd dan het gevonden resultaat, 's graven waarheid, medegedeeld, en dienovereenkomstig wees dan de grafelijke vierschaar vonnis en sprak de graaf het uit. 's Graven waarheid ¹⁾ was dus een bewijsmiddel, en ons artikel zegt nu niet anders, dan dat dat middel van alle delicten het bewijs kon leveren behalve van landzaken. Die moesten op andere wijze bewezen worden, nl. door schependom.

Wat schependom is, blijkt uit art. 55a: „Quidquid tres scabini per iuramentum dixerint, hoc est plenum adiutorium, nisi alii III scabini contradixerint.” Het is dus een getuigenis van ten minste drie schepenen, dat volledig bewijs oplevert, tenzij tegenover dat getuigenis dat van drie andere schepenen mocht staan. Dat dat bewijsmiddel niet in de grafelijke vierschaar mocht worden gebruikt, wordt nergens gezegd. Art. 26 regelt dus de competentie in landzaken niet en laat volkomen in het midden, door wie die moeten worden berecht.

Schependom, scabinium of in de oude keur van Westkapelle ²⁾ scabinagium, was dus een bewijsmiddel. Als schepenen „scabinium dicunt”, dan wijzen zij dus geen vonnis, maar geven zij in eene rechtzaak een getuigenis. Zoo men, met dat criterium gewapend, de keur van den Voogd doorleest, dan komt men tot de conclusie, dat er in de geheele keur van eene rechtspraak door schepenen niet gehandeld wordt. De uitdrukking „iudicium scabinorum” komt in de keur niet voor behalve in art. 22, waar de term blijkbaar niet het schepenvonnis, maar het schepencollege aanduidt ³⁾. Deze eenigszins verrassende omstandigheid dwingt tot een onderzoek naar de vraag, wat eigenlijk schepenen zijn. Het antwoord geeft art. 50: „scabini, qui per comitem eligentur, et quorum nomina post iuramentum suum in carta comitis debent scribi; nec est eis licitum dicere scabinium, nisi prius in carta

¹⁾ Zie FRUIN's *Verspreide geschriften*, VI, bl. 315 vlg.

²⁾ VAN DEN BERGH, *Oorkondenboek*, I, no. 279.

³⁾ In geval van betrapping op heeterdaad wordt de dief gehangen „presente sculteto et iudicio scabinorum”, in de Hollandsche vertaling: „voren dien scoutate entie scepenen”, in de Fransche: „devant lescontète et eschevins”.

comitis nomina eorum scripta habeantur". Hunne taak is dus niet „iudicare" of „dicere iudicium", maar „dicere scabinium", niet te vonnissen, maar te getuigen. Schepenen zijn, dat is de conclusie, waartoe men moet komen, oorspronkelijk niet anders dan getuigen, die van den aanvang af in 's graven eed staan, en aan wier getuigenis dus groote waarde wordt gehecht.

Nu wordt ook de beteekenis van art. 26 duidelijker. Bij overdracht van land, bij een maaggescheid of bij andere diergelijke handelingen riep men de tegenwoordigheid van schepenen in. Mocht er dus later over de beteekenis of de bedoeling van zulk eene handeling geschil ontstaan, dan had men zich slechts te beroepen op het getuigenis der schepenen, dat in de meeste gevallen „plenum adiutorium" was. Bij forefacta was het een ander geval. In het algemeen was de benadeelde of de vertegenwoordiger der grafelijkheid niet in staat met behulp van een schepengetuigenis te bewijzen, dat iemand een delict gepleegd had. Daarvoor kwam zulk eene handeling te onverwacht. Er was dan een onderzoek naar alle omstandigheden noodig om te bepalen, wie strafschuldig was. Schependom kon dat niet uitmaken. Een beroep op 's graven waarheid was noodig. Maar voor ééne categorie van delicten ging die redeneering niet op, nl. voor de zaken van heemrecht. De schout moest de dijken, wegen en watergangen op bepaalde tijden schouwen, de schouw werd van te voren aangekondigd, en hij riep de schepenen op om bij het drijven van de schouw tegenwoordig te zijn ¹⁾. Bleek dus een der verhoefslaagden in gebreke te zijn, de schepenen stonden klaar om het te constateeren en er schependom over te zeggen. In zulk een geval was er geen onderzoek van den graaf en drie zijner mannen noodig. Zulk eene zaak, eene landzaak, stond niet tot 's graven waarheid, maar tot schependom.

Wie bij de schouw in gebreke bleek te zijn, werd door den schout gebannen ²⁾; d. w. z. hem werd eene boete opgelegd. De schout legde de boete op „per scabinos" ³⁾, volgens schependom ⁴⁾.

¹⁾ Art. 59 c.

²⁾ Art. 54.

³⁾ Art. 59 b.

⁴⁾ Zoo hij het zonder scabinium deed, liep hij zelf gevaar tot eene boete veroordeeld te worden (art. 71).

Was dit een schepenvonnis? In geenen deele. De verhoefslaagde kon de rechtmatigheid der opgelegde boete erkennen en alsnog aan zijne verplichtingen voldoen. Er was dan geen geschil, en er was dus geen vonnis. Alleen wanneer de gebannene „van dijcke off van wateringe” zich verzette en zich op het zeggen van drie andere schepenen beriep, dan was er een conflict. De zaak kwam dan „coram comite”, en deze deed dan door kamp¹⁾ uitmaken, welke schepenen naar waarheid getuigd hadden, welke niet, en dienovereenkomstig viel dan de uitspraak.

Maar het spreekt van zelf, dat zulk een geval eene uitzondering was, en dat in den regel het zeggen der schepenen beslissend was. De schout zal er op uit zijn geweest te zorgen, dat al de schepenen bij de schouw tegenwoordig waren, en dat zij allen deel hadden aan het scabinium; dan was er geene tegenspraak mogelijk. Het is ook duidelijk, dat een verloop der zaak, als boven geschetst is, waarbij eerst schepenen schependom zeiden, en daarna de zaak in behandeling kwam bij den graaf, heel veel overeenkomst had met een schepenvonnis, waarvan beroep opstond op de grafelijke vierschaar, en langzamerhand daarin is overgegaan. Maar oorspronkelijk, dit meen ik te hebben aangetoond, oefenden schepenen geene rechtspraak, en wezen zij geen vonnis, maar legden zij alleen getuigenis af.

Van die gelijkstelling tusschen een schepenzeggen en een schepenvonnis vindt men in de keur van den Voogd reeds enkele sporen. In art. 50 wordt de ambtskring van den schout „vierscerne” genoemd: de naam is alleen mogelijk, als degeen, die het artikel redigeerde, het in den regel beslissende getuigenis van schepenen aan een vonnis assimileerde. Zoo stelt art. 37 de mogelijkheid, dat ook elders „fiet justicia... nisi in annuali placito”. Inderdaad zullen de bepalingen in de keur van c. 1257 wel niet alle even oud zijn, sommige zullen uit eene oudere keur, die verloren is gegaan²⁾, zijn overgenomen, andere zullen uit den tijd van den Voogd zelf dateeren. In den tijd van den Voogd begon het onderscheid tusschen een scabinium en een schepenvonnis reeds te verdwijnen; er bestond een overgangstoestand tot eene nieuwere

¹⁾ Art. 55 b.

²⁾ *De keuren van Zeeland*, bl. II.

periode, waarin schepenen onder leiding van den schout niet langer getuigden, maar vonnisten. Die ontwikkeling was in 1290 tot stand gekomen. Althans in Maart van dat jaar spraken de Zeeuwsche edelen den wensch uit, dat „les quérèles, kon apèle landsake, on jugera par eschievins, einsi ke on a fait jusques aore” ¹⁾. Ja uit de keur, die hetzelfde jaar werd vastgesteld ²⁾ (art. 89), ziet men, dat de bevoegdheid om in landzaken te oordeelen op de gezworenen, die verderop in het artikel weder schepenen (nl. van den dijcke) worden genoemd, was overgegaan. Blijkbaar was dat nog zoo in 1328: in de toen vastgestelde keuren ³⁾ wordt van de bevoegdheid van schepenen in landzaken gezwegen. Hoe daarentegen schepenen hunne bevoegdheid om recht te spreken in andere zaken hebben uitgebreid, doet hier niet ter zake.

Is in het bovenstaande de ontwikkeling van de oudste Zeeuwsche rechtsinstellingen juist geschetst, dan is het duidelijk, dat oorspronkelijk in Zeeland — behalve in de steden, die hare eigene keuren hadden — slechts één rechtsprekend lichaam bestond, nl. de vierschaar der mannen van den graaf onder diens leiding; daarnaast heeft zich in de ambachten de rechtspraak van schepenen onder leiding van den ambachtsheer of den schout ontwikkeld. Maar van eene rechtspraak door den graaf met schepenen is geen sprake. Dat is ook in overeenstemming met de keur van c. 1257, waarin van zulk eene rechtspraak geen spoor wordt aangetroffen. Toch heeft Gosses ⁴⁾ die aangenomen en onderscheiden tusschen het jaarding of placitum annuale van den graaf en schepenen en de grafelijke vierschaar van den graaf en leenmannen. De gronden voor die veronderstelling heeft hij ontleend aan een stuk van c. 1253 ⁵⁾. Toen ter tijd werd het grafelijk gericht van Zeeland nog te Brugge gehouden ingevolge eene bepaling van het verdrag van 1167. De gravin van Vlaanderen beklagt zich in het bedoelde stuk over het feit, dat noch graaf WILLEM, noch zijn broeder en plaatsvervanger op het placitum verschenen zijn. De Hollandsche graaf en zijn broeder betoogden

¹⁾ VAN DEN BERGH, *Oorkondenboek*, II, no. 668.

²⁾ *De keuren van Zeeland*, bl. 71 vlg.

³⁾ A. w., bl. 116 vlg.

⁴⁾ *De rechterlijke organisatie*, bl. 165 vlg.

⁵⁾ VAN DEN BERGH, *Oorkondenboek*, I, no. 587.

daartegen, dat zij aan hunne verplichting hadden voldaan door den burggraaf te zenden. Hieruit leidt GOSSES af, dat er onderscheid gemaakt moet worden tusschen het placitum, waar de graaf zich kon laten vertegenwoordigen door den burggraaf, en de grafelijke vierschaar, die alleen onder 's graven persoonlijke leiding kon plaats vinden. Hiertegen zij opgemerkt, dat geenszins blijkt, dat de burggraaf de leiding van het placitum had: het is mogelijk, dat de gravin van Vlaanderen, die met den graaf van Holland het landsheerlijk gezag over Bewesten Schelde deelde, of haar baljuw het placitum voorgezeten heeft. Bovendien al stond het vast, dat de burggraaf vóór de keur van c. 1257 de bevoegdheid had gehad den graaf te vervangen, welke die keur hem niet toekent, dan zou daaruit niet anders kunnen volgen, dan dat de ontwikkeling van het burggraafschap in Zeeland niet anders is geweest dan in Vlaanderen, waar die bevoegdheid voor de burggraven ook verloren is gegaan.

Ernstiger is de tegenwerping, dat in de bovenbedoelde klacht wordt geconstateerd, dat op het placitum te Brugge verschillende personen „fuerant per scabinorum iudicium condemnati”; op grond hiervan vooral heeft GOSSES aangenomen, dat men tusschen het jaarding, waar de graaf met schepenen, en de vierschaar, waar hij met mannen richtte, moet onderscheiden. Men houde echter in het oog, dat gravin MARGARETHA zich van het Vlaamsche spraakgebruik bediende, dat in Vlaanderen en met name in het Vrije van Brugge de rechtsinstellingen, gelijk nader blijken zal, niet geheel met die van Zeeland overeenstemden, en dat men ten slotte het beslissende getuigenis van schepenen even goed een vonnis noemen kan, als men den voorslag van den ordeldrager een ordel heet. De door GOSSES gemaakte onderscheiding berust uitsluitend op die Vlaamsche gegevens. In de keur van den Voogd zelf wordt nergens tusschen jaarding en grafelijke vierschaar onderscheiden.

Maar, zal men zeggen, in Vlaanderen, in het bijzonder in het Vrije van Brugge, had men dan toch de dubbele rechtspraak van den graaf eensdeels met mannen, anderdeels met schepenen, die gij in Zeeland niet wilt erkennen. Dat is juist: in de keur van 1190 ¹⁾ worden onderscheiden het wedding, waarmede wij nu

¹⁾ L. GILLIODTS VAN SEVEREN, *Coutume du Franc de Bruges*, II, bl. 3 vlg.

niet te maken hebben, het gouding en de durginga ¹⁾. Eene nadere beschouwing der beide laatste instellingen zal echter duidelijk maken, waarom hetgeen voor het Vrije geldt, niet op Zeeland toepasselijk is. Het gouding komt overeen met de grafelijke vierschaar ²⁾. Het werd van te voren in de kerken afgekondigd en alle „homines terrae” kwamen er samen. Welke zaken er terecht werden, blijkt uit het volgende voorschrift: „Sabbato finito placito, omnes praecones et homines ad magnam virscarnam convenient, et ibi coram scabinis omnia sua duella et cetera facta enumerabunt et brevibus committent, et tempus duellorum et bannitorum a scabinis ibi statutum observabunt, ita ut de bannitis primo, postea de duellis tractandum et de judiciis aquae et ferri” ³⁾. Derhalve werden op het gouding behalve het bannen dergenen, die niet verschenen waren of zich verzet hadden, zaken behandeld, die leidden tot den gerechtelijken kamp, de water- en de ijzerproef en andere formeele bewijsmiddelen, die dan vermoedelijk in het wedding plaats vonden.

En de durginga. Dat is, zooals de keur uitdrukkelijk zegt, eene waarheid: „comes habere poterit veritatem suam, quae dicitur durginga” ⁴⁾, maar — en dat is nu de afwijking van het Zeeuwsche recht, welke tot eene geheel andere ontwikkeling als in Zeeland heeft geleid — die waarheid van den graaf werd niet ondervonden door zijne mannen, maar door schepenen. „Veritas par scabinos accipienda erit”, zegt de keur van 1190 ⁵⁾, en nog duidelijker spreekt eene latere aanvulling der keur ⁶⁾: „de quacumque causa veritas per scabinos accipitur”. En in 1235 verklaarde gravin JOHANNA: „Cum discordia esset super communi verita quae Durghingha vocatur, qualiter accipi debeat, sive per nos sive per scabinos officii Brugensis . . . , intelleximus dictam veritatem debere accipi per scabinos” ⁷⁾. De durginga is dus niet anders dan eene bijeenkomst van den graaf met zijne schepenen om de waar-

¹⁾ § 7.

²⁾ §§ 58—62.

³⁾ § 61.

⁴⁾ § 7.

⁵⁾ § 23.

⁶⁾ A. w., bl. 42, § 8.

⁷⁾ A. w., bl. 55.

heid te vinden. Oorspronkelijk moest ongetwijfeld op de verkondiging dier waarheid nog een daarmede overeenstemmend vonnis van mannen volgen. Dat zal echter spoedig als overbodig achterwege gebleven zijn, daar de andere mannen, behalve de schepenen, ter vierschaar, waar zij toch slechts de gevonden waarheid hadden over te nemen, niet opgekomen zullen zijn. Zoo kreeg men tweerlei rechtspraak van den graaf, eene met zijne mannen en eene met de schepenen, die zich niet onderscheidde door verschil in competentie, maar door het bewijsmiddel. Als men het formeele bewijsmiddel gebruikte, moest men bij de homines terecht; wie echter op de nieuwere en betrouwbaarder waarheid een beroep wilde doen, wendde zich tot de schepenen. Vandaar dan ook, dat, naarmate de kamp en andere Godsoordeelen in onbruik kwamen, het gouding aan betekenis verloor. Na 1232 wordt volgens GHELDOLF ¹⁾ het gouding niet meer genoemd.

Behalve dit hoofdonderscheid tusschen het Vlaamsche en het Zeeuwsche recht, dat in het eerste de graaf de waarheid onderzocht met schepenen en in het tweede met mannen, is er tusschen de rechtsinstellingen van beide provincies nog een ander verschil geweest, dat op de ontwikkeling er van niet zonder invloed is gebleven. In Vlaanderen had de graaf het recht zich bij het ding door den baljuw te doen vertegenwoordigen, in Zeeland bestond dat gebruik niet, en had de grafelijke vierschaar niet dan in tegenwoordigheid van den graaf plaats. Het gevolg was, dat de opkomende rechtspraak van schepenen zich in Vlaanderen om den baljuw kristalliseerde, terwijl in Zeeland de rechtspraak zich in de ambachtsgerechten localiseerde onder leiding van den ambachtsheer of den schout. Daar, waar de graaf wel door een baljuw vertegenwoordigd werd, in de steden nl., vertoont zich in de ontwikkeling van de rechterlijke organisatie dan ook eene merkwaardige overeenkomst met het Vrije.

Vier steden van Zeeland stonden buiten de keur, omdat zij hare eigene keur hadden, nl. Middelburg, Zieriksee, Westkapelle en Domburg ²⁾. De keur van Middelburg is van 1217 ³⁾, die van

¹⁾ A. w., bl. 55.

²⁾ Keur van FLORENS den Voogd, art. 114.

³⁾ VAN DEN BERGH, *Oorkondenboek*, I, no. 261.

Westkapelle en Domburg zijn van 1223 ¹⁾ en die van Zieriksee is van 1248 ²⁾. Alle vier vertoonen eene aanmerkelijke overeenkomst. Duidelijk blijkt ook hier, dat de oorspronkelijke taak der schepenen niet was recht te spreken. Nergens wordt in deze keuren gesproken van een vonnis of iudicium van schepenen, maar altijd van een scabinium of scabinagium. Ook hier is de voornaamste taak van schepenen te getuigen. „Ubicumque”, zegt de keur van Middelburg, „tres legales homines aliquid viderint, et juramento ammoniti fuerint, hoc scabini testabuntur; de causis que in nocte evenerint, per scrutationem testabuntur”. Zij vonnissen niet op grond van het getuigenis van „tres legales homines” of op grond van het onderzoek van wat des nachts gebeurd is, maar zij getuigen „testabuntur”. Elders heet hunne taak: „emendare”; „Omnia que justitarius et scabini emendare non poterunt, et si querela ante comitem pervenerit, ipse comes per veritatem suam terminabit” ³⁾. De schepenen schijnen hier dus meer als bemiddelaars of vredemakers op te treden. Eindelijk wijs ik nog op deze bepaling: „Omnes in Middelburch manentes sub uno jure habeantur, et quilibet eorum cooppidano suo scabinium facere debet. Si quis a cooppidano suo scabinium habere voluerit, ad pretorium postulabit; quod si ille, in quem agitur, presens non fuerit et in Walacra esse comprobatur, citabitur responsurus prima die placiti; si venerit et tamen juri restitit, vel etiam si non venerit, bann(i)etur nihilominus et nunquam banno carebit, donec scabinium fecerit, et substantia sua arbitrio scabinorum disponetur”. Evenals dus volgens art. 42 der keur van den Voogd de graaf aan het vonnis zijner mannen gehouden is, ook als het tegen hem mocht uitvallen ⁴⁾, evenzoo zijn de burgers van Middelburg gebonden aan het zeggen hunner schepenen. Zoolang zij daaraan niet gehoorzamen, blijven zij onder den tegen hen uitgesproken ban. Ook hier dus hebben de schepenen oorspronkelijk geene rechtspraak: door dwangmaatregelen verkrijgt hun zeggen de kracht van een vonnis. Het schependom wordt zoo een schepenvonnis ⁵⁾. Eene

¹⁾ A. w., I, nos. 279, 284.

²⁾ *Rechtsbronnen van Zierikzee*, uitg. door BEZEMER en DE BLECOURT, bl. 1.

³⁾ Zoo leze men in plaats van het overgeleverde „emendabit”.

⁴⁾ Vgl. art. 3 der keur van 1290.

⁵⁾ Vandaar het gebruik der woorden „pretorium” en „placitum”.

geheel gelijksoortige bepaling vindt men in art. 12 van de keur, die WILLEM II in 1248 aan Zieriksee gegeven heeft: „Ende elc zal den anderen doen scependoem. Soe wie soe hebben wille scependoem van eenen zinen gheliken poertere, hi zalne doen eysschen ter vierscarne, ende es dieghene niet tejeghenworden ende hi es in Scouden, men zalne daghen ten naesten daghe, als men zal dinghen. Comet hi ende negheens rechts pleghen en wille, of alzoë dat hi niet en comet, men zalne verbannen ende hi en sal niet wesen in (lees uyt den) ban, eer hi heeft ghedaen scependoem, ende siin goed zal wesen in scepene wisinghe”.

Maar de rechtsontwikkeling is in de steden eene andere geweest als op het platteland; want — en ziedaar de overeenkomst met de Vlaamsche rechtsinstellingen — als eene zaak, die in de stad voorviel, voor den graaf kwam, berechtte deze haar met zijne waarheid, die hij door schepenen moest ondervinden. Zoo zegt de keur van Middelburg: „*Omnia que in kora evenerint, que justitarius et scabini emendare non poterunt, et si querela ante comitem pervenerit, ipse comes per veritatem suam terminabit et illa per scabinos de Middelburch perscrutabitur*”, en later: „*In quocunque negotio per terram oppidani de Middelburch cum illis de terra litigia habuerint, illa comes per inquisitionem veritatis sue terminabit, quam a scabinis oppidi cognoscere poterit*”, en de keuren van Westkapelle ¹⁾, Domburg en Zieriksee ²⁾ hebben gelijke bepalingen. In de laatste vindt men bovendien nog andere voorschriften: „Wort hi verwonnen mit des coninx waerheyde of siins baliuwes, die waerheyt sal hi nemen an drien scepenen” ³⁾ en „Wie soe wart verwonnen met der waerheyt van drien scepenen van moertbrande, hi sal verliesen siin hoevet” ⁴⁾. De graaf werd in de steden door zijn baljuw gerepresenteerd; 's graven waarheid werd dus door baljuw en schepenen ondervonden, op hen ging de rechtspraak van den graaf en zijne mannen over.

Ten slotte nog deze opmerking. Volgens de bovenstaande uiteenzetting waren de schepenen in Zeeland oorspronkelijk niet

¹⁾ Artt. 37 en 60.

²⁾ Artt. 34 en 57.

³⁾ Art. 5.

⁴⁾ Art. 60.

anders dan getuigen. Hun werkring komt dus geheel overeen met dien der tolva of attha in Westergo ¹⁾ der aldirmon in Rüstingen ²⁾ der twaelve in Westerwolde ³⁾. HECK ⁴⁾ noemt die Friesche beampten „Amtszeugen” en beschrijft hun werkring aldus: „die tolva erscheinen überall wo eine Constatirung gerichtlicher Vorgänge erforderlich ist und sind daher bei der Vornahme gerichtlicher Handlungen anwesend” en „sie wirken nur (lees mit) bei der Besichtigung der Siele (watergangen), Deiche und Wege und sind verpflichtet Vernachlässigungen auf Aufforderung des Schulzen zu rügen” ⁵⁾. De in Zeeland voorkomende schepenen zijn dus een aan het Friesche recht ontleend instituut ⁶⁾. Het constateeren van dit feit schijnt mij van belang, omdat daardoor ook licht geworpen wordt op het ontstaan der schepencolleges in Holland en andere streken, die onder Frieschen invloed hebben gestaan.

¹⁾ VON RICHTHOFEN, *Friesische Rechtsquellen*, bl. 412 § 2; 414 § 4, 7, 8, 415 § 13; 416 § 13; 417 § 19, 21; 418 § 28; 419 § 38; 474 § 2, 11 enz.

²⁾ A. w., bl. 123, 1e kol. v. o.; 124, 2e kol. v. b.; 541 § 43 enz.

³⁾ A. w., bl. 259 § 20; 260 § 21, 29 enz.

⁴⁾ *Die altfriesische Gerichtsverfassung*, bl. 92 vlg.

⁵⁾ A. w., bl. 95, 96.

⁶⁾ Of zij in het Friesche recht oorspronkelijk thuis behooren, dan wel daarin van elders zijn ingevoerd, is voor de volgende conclusie onverschillig.

GRENS- EN BEZITSVERHOUDINGEN OP HET PLATTE LAND

(Bijdrage tot de geschiedenis der eigenrichting)

DOOR

MR. J. VAN KUYK,
Advocaat te 's-Gravenhage.

In de landelijke rechtsbronnen, zoo uit de middeleeuwen als ook uit veel later tijd, weerspiegelen zich de moeilijkheden die tusschen boeren over de grenzen van hun land zich niet zelden voordeden. In het algemeen bestond voor ieder een verplichting tot afscheiding en tot afsluiting van het zijne, en wie zijn eigendom niet behoorlijk afsloot, moest zelf daarvan de schadelijke gevolgen dragen. Grensteekenen, en vooral de oude, vonden een bijzondere en verhoogde bescherming. Niettemin kwamen grensgeschillen en grensovertredingen blijkbaar veelvuldig voor, en het recht der landelijke kringen wijdt daaraan talrijke bepalingen. Door den aard der feiten, zooals zij daarbij zich plegen voor te doen, raakt men daarmede het vraagstuk der eigenrichting en ook dat der bezitsbescherming. Niet alleen is eigenrichting, als reactie tegen veldschade, in den vorm van „schutting”, lang en in ruime mate geoorloofd geweest, wij meenen eenige opmerkingen over deze vraagstukken bovendien ook hierom te mogen samenvoegen, dat het de gelegenheid geeft iets bij te dragen tot de kennis der oude rechtstaal.

In de middeleeuwen had zich de bijzondere eigendom aan grond uit den groeps- en familie-eigendom losgemaakt, doch niettemin bleef de vroegere gemeenschap ten deele voortbestaan in het markeverband, en ook over den bijzonderen eigendom bleef

de vroegere gemeenschapsverhouding haar schaduw werpen. Vooral dit laatste treft ons in het oude recht verschillende malen. Vroeger hadden wij gelegenheid op enkele bronnenuitspraken te wijzen, die het gemeen gebruik der bosschen als den normalen toestand stellen, en daarnaast herinneren wij thans er aan dat de buren, de gemeenschap vormende zooverre die was blijven voortbestaan, weder recht verkregen op den, van de gemeenschap losgeworden, bijzonderen eigendom zoodra het private eigendomsrecht zich tegen gemeen gebruik niet meer verzette (recht van stoppelweide) of buiten den kring der gemeenschap dreigde te geraken (recht van naasting). Ook tusschen de bijzondere eigenaren onderling bestonden overblijfselen van en herinneringen aan de vroegere gemeenschapsverhouding: tusschen hen werden verhoudingen van wederkeerige hulpverleening en verdraagzaamheid erkend, die groeiden tot regelen van gewoonterecht, waaruit — gewijzigd en gematigd — het moderne burenrecht ontstond. Voorbeelden van die verhoudingen zijn: het zgn. ladder- en steigerrecht; het recht van hamerslag; de gehoudenheid om, zijn landen afsluitend, de belangen van hem die er het naast aan is geland, in acht te nemen en hem tot ploegen en zaaien ten volle ruimte te laten. Een uitvloeisel meer in het bijzonder van de verdraagzaamheid, die hier den eenen buur tegenover den anderen past, zien wij in de beginselen die bij grensovertredingen in het recht der middeleeuwsche wijsdommen gehuldigd werden.

Trachten wij deze beginselen in het kort te schetsen, zoo verdienen allereerst de aandacht de bepalingen der bronnen voor het geval dat de een den ander overploegt of overweidt. Het is — de woorden wijzen daarop — ploegen, weiden, hooien over eigen en des buurmans grens. Het kan tweeërlei omvatten, want het brengt niet slechts voor hem, ten wiens nadeele het geschiedt, schade mee, doch bergt in zich het veel grooter gevaar dat hem — langzamerhand, geleidelijk en wellicht ongemerkt — het zijne afhandig wordt gemaakt. De bronnen onderscheiden deze twee niet altijd scherp; toch is duidelijk soms de mogelijkheid van schade, soms het gevaar van inbreuk op de bezitsverhoudingen, de gedachte waaruit de rechtsregelen voortgekomen zijn. Vandaar dat de handeling eerst kleur krijgt door de omstandigheden, door des daders bedoeling, dat de ernst van het feit bepaald wordt

door de schuldvraag en beheerscht door wat er op gevolgd is.

Wij vinden als omschrijving een in Oostenrijksche, Zwitsersche en Duitsche wijsdommen vaststaand taalgebruik. Sommige dier wijsdommen streven door een naïve, kennelijk opzettelijke, uitvoerigheid naar volledigheid. Men oordeele naar deze twee voorbeelden: „wenn ainer den andern überzeünt, überhagt, übermarcht, überraint und überstaint oder übermäet, übersäet und überpaut”¹⁾ of „soll ainer den andern nit iberpauen, iberhauen, iberlöszen, iberlöschen, iberzeinen, iberhaken, iberwässern, iberstainen, iberlöszen, iberkern, iberfahn oder iberdröten”²⁾. Andere zijn minder uitvoerig, doen uit dezen voorraad een keuze, en gebruiken in bonte afwisseling een drie-, vier- of vijftal ervan naast elkaar. Het heeft geen zin voorbeelden hiervan te geven; men vindt ze alle wijsdommen door. Enkele andere wendingen, die hetzelfde aanduiden, zijn: dat de een den ander, of diens land, „abpflügete”³⁾, „aberndt oder abnimpt”⁴⁾, „entbawet”⁵⁾.

In Nederlandsche bronnen vindt men: „afferet”⁶⁾ — de term der Duitsche rechtsboeken⁷⁾ — „ofbouwet, ofgravet ofte afsteeket”⁸⁾, „afackeren of afsteiken”⁹⁾, „overtuynt”¹⁰⁾, „overvaeren”¹¹⁾, „ontpaelet”¹²⁾, „entbruycket unde entgraeft”¹³⁾. De

¹⁾ Landr. Wartenfels (*Oesterreichische Weistümer*, I, bl. 159).

²⁾ Weerberg in Tirol (*O. W.*, II, bl. 176).

³⁾ Lauenstein en Koldingen in Nedersaksen (GRIMM, *Weistümer*, IV, bl. 653 § 78; IV, bl. 691 § 25).

⁴⁾ Cappelauersheim 1482 (GRIMM, *W.* II, bl. 161).

⁵⁾ Hattnegge in Westf. (GRIMM, *W.* III, bl. 48 § 71).

⁶⁾ Saksische Ordonnantie voor Friesland 1504, art. 107.

⁷⁾ Saksenspiegel III 86 § 1; Rechtsb. n. Distinctionen II, X, 6 (uitg. ORTLOFF, bl. 131). Ook in wijsdommen (GRIMM, *W.* III, bl. 800).

⁸⁾ Steenwijk, Keurb. 1579, XVI, art. 12 (*Overijs. St., D. en M. R.*, I: 10, bl. 314). — Aftuinen, afgraven, afbouwen: GRIMM, *W.* III, bl. 122. — Afbouwen: *O. W.*, VI, bl. 240. — Afgraven: Groningen, warfsoordeel 1596 (FEITH, *Warfsconstituten en Oordeelen, Pro Exc. J. P.*, VII, bl. 199).

⁹⁾ Bankr. Heer en Keer 1774, art. 42 (HABETS, *Limb. Wijsdommen*, bl. 91). — Afakkeren ook GRIMM, *W.* I, bl. 488; *O. W.*, I, bl. 150.

¹⁰⁾ Bankr. Heerlen, art. 22 (HABETS, t. a. p., bl. 221).

¹¹⁾ Cost. Wittem 1550 (HABETS, t. a. p., bl. 40).

¹²⁾ Landr. Selwerd 1529 (*Pro Exc. J. P.*, VI, bl. 610) en in andere Groningsche bronnen.

¹³⁾ Oldampter Landr. 1471 (t. z. p., bl. 675).

Friesche bronnen¹⁾ sluiten zich bij de taal der Duitsche wijsdommen aan en gebruiken: overploegen, overmaaien, overdelven.

Eerste beginsel is, dat onderscheiden wordt naarmate al dan niet met opzet is gehandeld. Bepalingen uit de zestiende eeuw zeggen dit met groote duidelijkheid, verhoogd door de tegenstelling die zij inhouden. Wij noemen slechts één voorbeeld, en wel de Friesche Ordonnantie van 1504, waarvan artikel 107 luidt: „oft emandt den anderen zyn landt met opset afferet, mayet, scheeret oft voersaemelt, die daeder zall den schaeden dubbelt betaelen. Gheschiede dat oeck oenwetende, zall de schaede éénfolt betaelen”.

Voortdurend omschrijven de wijsdommen de handeling dan ook als een bewuste en opzettelijke, is boete en schadeplicht verbonden aan het den ander overbouwen „wissentlich und freventlich”²⁾, „geverlichen”³⁾, „frävenlichen”⁴⁾, „willigclich”⁵⁾, „mit mutwilligleich und mit geverd”⁶⁾, „mit wetten ofte mit frevelmode”⁷⁾. — Die wrevelmoed sprak vanzelf uit de handeling wanneer zij geschiedde over grensteeken, de grens alzoo zichtbaar was. Een Salzburger wijsdom uit de vijftiende eeuw⁸⁾ zegt: „welher auch den andern über aufgezetzte oder aufgesteckte marich hin pawt oder mäet”. Elders is gesproken van „über stein”⁹⁾ en — wat telkens in Zwitsersche bronnen voorkomt — „über offen marchen”¹⁰⁾ of „uber offen marchen oder uber offen kuntschaft”¹¹⁾. Intuschen, wij hebben hier een aanwijzing, meer niet, en de mogelijkheid blijft open, dat niettemin zonder moedwil is gehandeld. Het landrecht van Kessendorf, onder Salzburg, zegt — indien de een den ander „überpaut, überschneidt, ubermähhet oder uber die march uberzeint” en partijen het in der minne eens worden

¹⁾ Zie TELTING in *Themis*, XXXIII (1872), bl. 460 v., 467 v.

²⁾ GRIMM, *W.* III, bl. 48 § 71. ³⁾ *O. W.*, II bl. 188.

⁴⁾ GRIMM, *W.* II, bl. 162; *O. W.* V, bl. 201.

⁵⁾ *O. W.* V, bl. 219. ⁶⁾ *O. W.* V, bl. 306.

⁷⁾ GRIMM, *W.* III, bl. 68. ⁸⁾ *O. W.* I, bl. 287.

⁹⁾ GRIMM, *W.* II, bl. 161.

¹⁰⁾ GRIMM, *W.* I, bl. 208, 215, 223, 231; V, bl. 129 § 36, 143 § 13, 163 § 56, 215 § 27, 219 § 20; VI, bl. 346 § 60.

¹¹⁾ GRIMM, *W.* V, bl. 140 § 7.

— dat de overtreder niet strafbaar is „wover es auch in kainem fräfel beschechen” ¹⁾. — In Tirol wordt de handeling zelf ook als „übermarchstainen” aangeduid ²⁾.

De bepalingen, die de wijsdommen ten aanzien van dit punt inhouden, leveren een bijdrage tot de geschiedenis der leer van het opzet, en — algemeener — tot de kennis der opvattingen over de strafwaardigheid der handelingen. Ten aanzien van die, waaraan wij hier onze aandacht wijden, wordt soms dubbele boete gesteld wanneer zij heimelijk zijn geschied: „haimblich und nächtlicher weil” ³⁾. En verder let men — in overeenstemming met een gedachte, die tal van malen in het oude strafrecht tot uiting komt, en die voortkwam uit den wrevel, door heimelijkheid gewekt — op de houding die na het feit wordt aangenomen. Zoo zegt een Tirolsch wijsdom: „übermädt ainer den andern und last's ligen, so ist er nicht schuldig darumb, doch sol er das dem andern kunt thuen” ⁴⁾, terwijl soms eenvoudig aan het laten liggen een niet-schuldig zijn verbonden is: „wer den andern überpaut, übermät, überschneidt, überläpt, überhülzt und dergleichen, der sol es dem andern lassen ligen, der ist niemant darumb nit schuldig” ⁵⁾.

Het recht — zich hierin wel grondend op de werkelijkheid — gaat er van uit, dat veelal geen kwade bedoeling voorzit en dat zonder moedwil werd gehandeld. Het Domkapittel te Salzburg, de rechtspraak regeland voor zijn onderhoorigen, maakt een onderscheiding die in dit opzicht als vingerwijzing gelden kan. Na eerst vermeld te hebben waarover het kapittel of zijn rechter heeft „ze richten und zu handlen”, laat het volgen: „da aber kain betrug noch fürsacz zu vermoeten oder dazwischen kommen, so hat unser richter auch in frävelssachen, als rumorn, raufen, schlagen, überäckern, übermehen, übereczen, überzeinen und dergleichen fählen zwischen den unsern güet- oder rechtlich zu handlen” ⁶⁾.

¹⁾ O. W. I, bl. 36.

²⁾ O. W. II, bl. 184, 224, 251.

³⁾ O. W. I, bl. 157.

⁴⁾ O. W. IV, bl. 366.

⁵⁾ O. W. V, bl. 404, 442.

⁶⁾ O. W. I, bl. 5. — Vgl. het wijsdom van Wangen van 1491 (O. W. V, bl. 207), dat „überpauen en mäen” als „schlechte sach” stelt tegenover „treffenlich sachen”.

Hierbij sluit zich de gedachte aan, dat de benadeelde niet aanstonds klaagt, zelfs niet aanstonds klagen mag. Humoristisch zegt ons dit een Nedersaksisch wijsdom: „So einer dem andern abpflügete, wie man sich darin verhalten soll? Das erste jahr sol der beschedigte das *seinem pfluge klagen*, geschehe es aber zum andern mahle, alsdann solls man der obrigkeit clagen, dieselbe soll es verbieten”¹⁾; een daaraan verwant wijsdom heeft deze variatie: „zum ersten und andern mal *dem pflueg klagen*, zum dritten mal aber den herrn”²⁾. — Het landreeht van Lebenau van 1672 zegt: „soll er den tädter nit von stund an verclagen, sonder des ersten beschicken, vertregt er sich guetlich mit im, ist er der herrschaft emprochen, ob nit und wierd clagt, ist 72”³⁾, maar het verst gaat in deze richting wel het wijsdom van Thaur in Tirol. Partijen moeten trachten het in der minne eens te worden, en gelukt dit, zoo is geen boete verbeurd; klaagt echter de benadeelde zonder deze poging af te wachten, dan verbeurt hij zelf de boete: „welcher aber ainen um solche sach unbeschickt verklagt, derselbe soll die bues selbst geben”⁴⁾. Ziehier den eisch der verdraagzaamheid, zoo sterk als denkbaar is, gesteld.

Minder ver gaat een andere groep, die wel is waar het klagen niet verbiedt, doch niettemin er van uitgaat dat eerst partijen trachten het eens te worden. Het zuiverst voorbeeld daarvan biedt het wijsdom van Stans in Tirol:

„Item ob ainer den andern hin mäet oder schneidt, überzeint oder überpaut ungeverlich, der soll dis dem andern sagen, und das ligen lassen; sagt er ime das nicht und liess ime das ligen, das es erfaulet, so wär er im als vil schuldig, als vil er im erfeilet het; fiert ers aber haimb und spräch der ander zu im: „du hast mir das mein hingefiert”, spricht er dann: „es ist angevār beschechen”, oder spricht: „es habens die meinen gethan mir unwissent, lieber nachpaur! ich will dir gern so vil wider geben”, so ist er dem gericht, noch niemant nichts darumb schuldig. Spricht er aber: „ich hab das mein hingefiert” und mainet sich des, und befindt sich, das es nit sein ist, so ist er

¹⁾ Lauenstein (GRIMM, *W.* IV, bl. 653 § 78).

²⁾ Koldingen, (GRIMM, *W.* IV, bl. 691 § 25).

³⁾ *O. W.*, I, bl. 83.

⁴⁾ *O. W.*, II, bl. 212.

der herrschaft zwai und finzig pfunt zu puesz perner verfallen, dem andern sein schaden" ¹⁾).

Verschillende wijsdommen zeggen, meer of minder uitvoerig, doch met gelijken opzet en in gelijke taal, hetzelfde ²⁾. Deze bronnen bevatten tal van punten, die ons in de rechtsverhoudingen een kijk geven, en een nadere beschouwing verdienen en dus rechtvaardigen.

Het beginsel is, dat men niets schuldig is, wanneer partijen zich vereenigen: „wan ainer den andern übermätt und überpaut angevârde, mögen dann die parteien sich selbs *verainen* oder die nachpern mit irem willen, so sint si niemant nicht davon schuldig" ³⁾, of aan de boetebepaling wordt toegevoegd: „iss enwere dan, das sich die armen lude des gutlichen *vereynigten*" ⁴⁾. En in wezen ligt geen ander denkbeeld ten grondslag aan de dikwijls voorkomende redactie der bronnen, die ban of boete stellen indien de dader wordt beklaagd of de zaak in rechte komt. Wij vinden dit in den Saksenspiegel en in andere rechtsboeken ⁵⁾ en in de wijsdommen ⁶⁾, en men mag daarin — naar onze meening — meer zien dan een overbodige breedsprakigheid; het geldt hier een wèlbegrepen en wèlgevoelde toevoeging. Wijzen wij ter bevestiging hiervan nog op een tweetal wijsdommen uit Lotharingen, welker woordenkeuze een aanwijzing in dezelfde richting is. „So

¹⁾ O. W., II, bl. 167.

²⁾ Kessendorf (O. W., I, bl. 36); Vilanders (O. W., V, bl. 253); Altrasen (O. W., V, bl. 518).

³⁾ Heunfels (O. W., V, bl. 562). — Vergel. Windisch-Matrei (O. W. I, bl. 306). Mühldorf (O. W., I, bl. 344); Thaur (O. W., II, bl. 212).

⁴⁾ Sotzbach in Wettelau (GRIMM, W. III, bl. 402). — Vergel. GRIMM, W. III, bl. 762.

⁵⁾ Ssp. III 86 § 1: „Swer siner gebure gemeine ab eret oder grebet oder zunet, wirt her vor deme geburmeistere dar umbe geruget oder beclaget, her muz dar umbe gewetten dri schillinge". — Rb. n. Dist. II, X, 6: „Wer deme andern sinen reyn abeeret, wert her dorumbe beclaget, he musz deme clegere bussen unde deme gerichtete wetten".

⁶⁾ Lechthal 1416 (O. W., III, bl. 108): „Wer den andern überpaut oder übermâet, und es für recht kumbt, ist der pann ain phunt". — Bankr. Heerlen, art. 22 (HABETS, t. a. p. bl. 221): „So wer den anderen overtuynt heeft, also mennige holtsteck als hy den anderen overthuynt heeft en den anderen dat claecht also deck is hy den cleger, ende also deck den Heer boetafftich".

einer" — zegt het een ¹⁾ — „den andern übersähet, mehet oder uberreidt, so mögen sie sich guittlich mit den nachbauru vertragen; wehre es aber sach, *dass es weither kueme*, so seyen sie die boiss schuldigh", terwijl het andere deze merkwaardige restrictie maakt: „wann einem durch den andern abgearen were und derselbig *eines richters von noten het*" ²⁾.

Het hiervóór als voorbeeld genomen wijsdom van Stans voert den benadeelde als eersten spreker aan; alles blijft daarbij zonder vormen en zonder termijnen. Dit is de gewone figuur en zeer zelden is het anders. Uitzondering is een regeling als wij aantreffen in het wijsdom van Muggenhausen in het Rijnsche van 1555, dat een aanzegging en termijn van veertien dagen kent: „ob es sache were, das einer den andern uberackert, uberzuynt oder uberbauwet, wem sulche uberbauwe geschege, der sols demjenigen, der es thut, *richtlichen ansaigen lassen*, das ers binnen 14 dagen abstelle, thuet ers als dan niet, soll er den heren anroiffen, das er ime die gewalt abstelle" ³⁾. Zoo komen wij tot den meermalen voorkomenden termijn van veertien dagen, die ook na klage of wroeging nog tot herstel gelaten wordt, niet slechts wanneer de een den ander overbouwt, doch ook wanneer men den gemeenen grond of een weg te na komt ⁴⁾.

Het antwoord kan aanstonds bevredigend zijn; het landrecht van Kessendorf ⁵⁾ doet zeggen: „lieber nachber, heigs auf oder nimbs wider hinzue", waarmede de zaak uit is, — zooals het verwante landrecht van Wartenfels het uitdrukt: „*steet er es ab*, ist wol und guet" ⁶⁾. — Veelvuldig zal het antwoord zijn geweest, gelijk het wijsdom van Stans vermeldt: „es habens *die meinen gethan mir unwissent*". Ook daarmede krijgt de zaak een geheel onschuldig karakter; het landrecht van Rauris, uit de zeventiende eeuw, bepaalt: „und ob, der söllichs geprauch, *selbs nit than auch nit gehaissen, sunder sein dienstpottn on seinen willen*, so ist er dem gericht kain puez fellig" ⁷⁾. Het Rechtsb. nach

¹⁾ GRIMM, *W.* III, bl. 762.

²⁾ GRIMM, *W.* III, bl. 800.

³⁾ GRIMM, *W.* IV, bl. 766 § 4.

⁴⁾ Buschhoven bij Bonn, 1547 (GRIMM *W.* II, bl. 664); Kochenheim i. h. Rijnsche (GRIMM, *W.* II, bl. 679).

⁵⁾ *O. W.*, I, bl. 36.

⁶⁾ *O. W.*, I, bl. 159. — Evenzoo *O. W.*, I, bl. 172.

⁷⁾ *O. W.*, I, bl. 219.

Distinctionen ¹⁾ zegt — hetzelfde geval voor oogen hebbend — ons hetzelfde, met gelijktijdige regeling der bewijsvraag: „Wer deme andern sinen reyn abeeret, wert her dorumbe beclaget, he musz deme clegere bussen und deme gerichtete wetten. Spricht abir eyner, *ome sy unwisszlich umbe waz sin erbeyter habe getan, gewert her daz zcu den heyligen*, her blibet des ane wandel, unde legen den reyn also her vor gelegen had”.

Mogelijk is ten slotte, dat de dader geen ongelijk erkent, doch beweert dat het 't zijne is: „in fall aber der beklagte nit einsteen wollte, sondern das stuck *sein* zu sein begert” ²⁾. Het is het standpunt, dat het wijsdom van Stans aldus weergeeft: „ich hab das *mein* hingefiert”. Dan volgt een onderzoek wiens eigendom het is. Blijkt de bewering juist, zoo is niets geschied wat onrechtmatig was, — blijkt zij echter onjuist, dan is daarmee de ernst van het feit gebleken. Vandaar dat verschillende rechten het overbouwen als landdiefstal construeeren en als zoodanig strafbaar stellen. Een wijsdom uit het Kleefsche uit de vijftiende eeuw stelt wroegbaar „of imants ... *den andern sin erf afhendich machten* mit bouwen, graven of zouinen” ³⁾, en een ander wijsdom uit de Rijnstreek zegt: „Wäre es sach, dass überbäwe geschehen im dorf oder im feld, in der gemarken, in wäld oder in veld, *die mit unwillen vorgehalten würden*, so seind sie u. gn. h. verfallen” ⁴⁾. Men voelt, dat hier het niet meer gaat om het feit der overbouwing als zoodanig, doch dat het ernstigste geval daarvan als zelfstandig strafbaar feit omschreven is. Strafbaar is niet het overbouwen, doch de landdiefstal door middel er van; zooals een wijsdom uit de vijftiende eeuw het omschrijft: „wer ... etwas *mit dem phluge an sich brichet*” ⁵⁾. De oudere wijsdommen, die

¹⁾ II, X, 6, (uitg. ORTHOFF, bl. 131). — Men vergelijke hiermede Keurb. van Steenwijk 1579, XVI, art. 13 (*Overijs. St., D. en M. R.*, I: 10, bl. 314): „Die den anderen zyn koeren oft hoy ontmeyet ofte ontvoirt ofte zyn turff ontladet, soe veer sulx *onwetende* gebuert — *datwelcke die daeder mit eede sal affirmieren* — sal die daeder die schaede ontrichten ende der stadt breken II £, mair soe veer sulx *wetende* geschede, soe salmen dat strafen als roeff ofte diverie”.

²⁾ Schluderns in Tirol (*O. W.*, IV, bl. 57).

³⁾ Ürdingen 1454 (*GRIMM W.* VI, bl. 693 § 4).

⁴⁾ Roxheim en Braunweiler (*GRIMM W.* IV, bl. 727 § 7).

⁵⁾ Ravensgirsburg 1442 (*GRIMM W.* II, bl. 177).

steeds spreken van den ander overbouwen of iemand zijn land ontbouwen, plaatsen zich in hoofdzaak op dit standpunt en richten zich tegen het gevaar, dat de een den ander het zijne afhandig maakt. Dit is het eene element dat wij in den aanvang noemden, en dat aan beteekenis verloor naar mate in later tijd de bezitsverhoudingen vaster werden en de rechtshulp sterker was. En zoo groeit langzamerhand het recht in deze richting, dat het andere element — de mogelijkheid van schade aan land en vruchten — op den voorgrond komt. Het overbouwen wordt dan tot een strafbaar feit, dat als het toebrengen van veldschade is gedacht. De taal der bronnen sluit zich daarbij aan en voor het land komt de vrucht in de plaats; het gaat niet meer om het afhandig maken van iemands land, doch om de schade aan zijn koren of gras. Een Zeeuwsche keur uit het jaar 1429 kiest reeds deze omschrijving: „so wye yements *gors* offsnijt joff offeet joff yements *coren* offeet”¹⁾. Het Keurboek voor Steenwijk van TER STEGHE (1579) zegt: „die den anderen *zyn koeren oft hoy* ontmeyet ofte ontvoirt ofte *zyn turff* ontlaedet”²⁾, en de latere landrechten uit den tijd der provinciale codificaties geven eenvoudig de omschrijving van een schadebrengende veldovertreding. Wij noemen het landrecht van Overijssel van 1630 (II, XVI, 5): „wie den anderen weetende in *gras oft kooren* af te weyden, af te scheren, snijden, oft af te maeyen *schaede* doet, sal dat dubbelt vergelden”, en het landrecht der beide Old-ambten van 1618 (V, 32): „die met voorsate een ander mans *koren, gras, reyt* ont-ettet of ontmeyet, holdt onthouwet sal geven, boven de weerdye van het goedt, tot boete 20, breucke 20”.

Voor een deel stelt het recht met het overbouwen op één lijn het uitwerpen of uitgraven van grensteekenen, en dan gelden daarvoor dezelfde beginselen. Niettemin werd het in vele streken — niet ten onrechte — als iets veel ernstigers beschouwd, en ter aanvulling van het voorafgaande wijzen wij op het voornaamste wat de bronnen daaromtrent ons leeren.

¹⁾ Duiveland 1429 (*Versl. en Med. O. V. Rbr.*, V, bl. 514); vgl. t. z. p., bl. 599.

²⁾ *Overijs. St., D. en M. R.*, I: 10, bl. 314.

De *leges barbarorum* ¹⁾ stellen straffen, en zeer zware straffen, op het wegmaken der grensteeken. Een groep wijsdommen, behorend tot een uitgestrekt deel van Duitschland en van Oostenrijk, brengt hier de gedachte tot uiting dat zich de misdaad in de straf moet afbeelden, en stelt den regel: wie opzettelijk een grenssteen uitwerpt, wordt tot het middel in het gat gegraven en met een ploeg met twee, vier of zes paarden overploegd. Men zie hierin uitsluitend een humoristische wending, wat zoowel GRIMM ²⁾ als GIERKE ³⁾ reeds opgemerkt hebben en laatstelijk door THORMANN ⁴⁾ uitvoeriger is uiteengezet. Reeds de vaak overdreven inkleeding wijst in die richting; de ploeg moet nieuw zijn en het ploegijzer nooit gebruikt, de paarden wild en ongetoomd. En verschillende toevoegingen bewijzen hetzelfde; zoo lezen wij: „überwindt er das, so soll es sein buss sein“, „damit soll ihm genug und recht geschehen sein“, „magh sich dan de begraven man was behelpen daz magh er doen“. Een ware kern ontbreekt aan dit alles echter niet; wat er uit spreekt, is het bewustzijn dat het feit meer is dan simpele overtreding, dat het onder deze rechtgenooten groot en gevaarlijk onrecht zijn kan, veel ernstiger dan het overbouwen. Dit laatste vindt bevestiging in tal van bronnen. Een wijsdom uit Baden is in dit opzicht reeds teekenend: „Wir weyssen, wan einer ein gemarckstein aussgrübe freventlich, der wer verfallen vor leib und vor guet; und wer ess sach, dass einer vberbaut in wegen undt im feldt und im dorff, der ist verfallen vor VI alb. der gemeinden, und stehet fürter in. u. gn. h. straff“ ⁵⁾. Andere bronnen noemen het uitbreken van een grenssteen als een der vier zwaarste misdaden, naast moord, brand en diefstal ⁶⁾, stellen het gelijk met doodslag ⁷⁾ of meineed ⁸⁾.

¹⁾ Edictum Theoderici, 104; Lex Baiuw. 12. 1—3; Leg. Visigoth. X, 3, 2; Lex Burgund. LV, 6; Lex Rom. Burgund. XXXIX, 1—3; Edictum Reg. Langob. Rothari 236, 238.

²⁾ GRIMM, *Rechtsalt.*, II, bl. 76.

³⁾ GIERKE, *Humor im Recht*, bl. 19 en 48 v.

⁴⁾ B. THORMANN, *Ueber den Humor in den deutschen Weistümern*, bl. 53 v.

⁵⁾ GRIMM, *W.* II, bl. 154.

⁶⁾ *O. W.*, V, bl. 96, 98.

⁷⁾ GRIMM, *W.* IV, bl. 287 § 2.

⁸⁾ GRIMM, *W.* I, bl. 472 § 7.

Hiernaast staan echter — gelijk wij zeiden — andere bronnen, die het feit door dezelfde rechtsbeginselen doen beheerschen als het overbouwen. Het zijn de jongere bronnen, waaraan het denkbeeld van een bijzondere wijding der grensteekens vreemd is. Vereeniging in der minne blijft ook hier dan op den voorgrond staan ¹⁾, en het gevaar van landdiefstal onder het oog gezien ²⁾. Een beginsel dat wij herhaaldelijk ontmoeten ³⁾, is, dat wie een grensteen omwerpt, dit aanstonds moet bekend maken aan den eerste dien hij ziet, — hetzelfde beginsel dat in het algemeen bij veldschade voorkomt en bijvoorbeeld veelal ook als verplichting geldt voor wie eens anders vee in zijn land vindt en dit schut. En zoo is het desbewust vernielen of verduisteren van landscheidingen een gewoon strafbaar feit geworden.

Aldus in het kort wat de bronnen over grensovertreding leeren. De daad, in zekeren zin kleurloos op zichzelf, wordt beheerscht door de omstandigheden waaronder ze geschiedde. Veelal zit geen moedwil voor en in ruime mate denken de bronnen zich dan ook de mogelijkheid, dat partijen zich vereenigen over wat onopzettelijk en zonder bedoeling om den buurman het zijne te ontnemen, is geschied. Is het anders, en beweert de dader dat hij slechts het zijne nam, dan volgt naar den eigendom een onderzoek. Dit bewijst reeds dat het om verbod van eigenrichting hier niet gaat. De bronnen spreken van: wie den ander overbouwt, wie den ander zijn land afploegt; de vraag is slechts of het zijn of des

¹⁾ O. W., I, bl. 11.

²⁾ Landr. van Lebenau (O. W., I, bl. 82): „Wann man ain überferth, der fraventlich ain march fölscht und will im durch dasselbig march *ain grund zueziehen und ainem andern entfremden*, ist auch das gericht wandl 5 π 2 π δ, steet nach genaden; geschichts aber ungever und das er sich mit dem andern ehe es clagt wierdt vertrögt, ist er der herrschaft nichts schuldig”; Wimberg (GRIMM, W. III, bl. 691): „ob ainer dem andern seine marchstein ausgrueb und *sich unrechtlich mer underwundt den er soll*, der ist der unsern herrschaft ze wandl funf fl”. — Men vergelijke ook het landrecht van Drente van 1712 (IV, 38): „zo jemant eenen Scheit-paal ofte Steen opbreekt ofte opwerpt, *met wille ende meyninge om zijnen Nabuur zijne Lantscheydinge te verduisteren*, die verbreekt 25 Goutguldens; ende zo hy 't zelve daar na weder doet. . . . zal gestraft worden *als een Dief*”.

³⁾ GRIMM, W. III, bl. 68; IV, bl. 727 § 8; O. W., II, bl. 191; IV, bl. 57; V, bl. 254, 405, 443.

anders land is, en *slechts het onrechtmatig gebruik van eens anders grond is strafbaar*. De bronnen denken zich in de eerste plaats het geval, dat zonder moedwil is gehandeld en dat herstel dus volgt. Herstelt men niet wat is geschied, of beroept men zich op zijn eigendom doch ten onrechte, dan blijkt *geweld* te zijn gepleegd. Vandaar dat als de bedoeling der bronnen gelden mag dat overbouw *slechts als geweld* wroeg- en strafbaar is, een beperking, die steeds bedoeld en soms ook uitgesproken is. Zoo althans verstaan wij het wijsdom van Vilich in het Rijnsche, waarnaar te wroegen is: „allen uberbaw dar ein ider vurgenoiss den anderen geweltlichen mit uberbawen mach”¹⁾. Hetzelfde drukken andere bronnen uit door het element der onrechtmatigheid in de omschrijving op te nemen; zoo lezen wij in een Westfaalsch wijsdom: „we dem andern so *unrechte* aftuende of afgrove *unrechte* affbouwede”²⁾, waarmede andere overeenstemmen³⁾; elders wordt in dit verband van „ohne recht” gesproken⁴⁾, in het landrecht van het Oldambt van 1471⁵⁾ van „wie den anderen syn landt entbruycket unde entgraeft *sunder oirloff*”. En zoo komen wij tot de omschrijving in een Limburgsch wijsdom uit de zestiende eeuw⁶⁾: „Gewelt dat is oft over jemandt erff te vaeren sonder recht oft reden buyten synen danck,”. En in den lateren tijd, waarin, zooals wij hiervóór reeds opmerkten, de mogelijkheid van schade aan land en vruchten op den voorgrond was gekomen, wordt het aldus omschreven: „die een ander zijn hooy of koren met geweld ontvoert” (Landrecht van Drente, 1712, IV, 15).

Dit „geweld” speelt — en wij gaan er thans toe over daaraan een enkele opmerking te wijden — een rol in de terminologie der eigenrichting.

De bevoegdheid zich zelf recht te verschaffen heeft van ouds algemeen bestaan; eigenrichting was en bleef lang geoorloofd in het strafrecht en in het civiele recht, en is eerst met den groei der

¹⁾ Vilich 1485 (GRIMM, *W.* II, bl. 656).

²⁾ Warendorf 1504 (GRIMM, *W.* III, bl. 122).

³⁾ GRIMM, *W.* V, bl. 404 § 5, bl. 408 § 4.

⁴⁾ Landsberg 1430 (GRIMM, *W.* I, bl. 472 § 7).

⁵⁾ *Pro Exc. J. P.*, VI, bl. 675.

⁶⁾ Cost. van Wittem 1550, art. 63 (HABETS, t. a. p., bl. 40).

staatsmacht langzamerhand onnoodig en daarna ongeoorloofd geworden. FOCKEMA ANDREÆ heeft niet lang geleden deze ontwikkeling geschetst ¹⁾. De schrijver stelt voor de latere middeleeuwen den regel: eigenrichting was niet geoorloofd. Wie zijn roerend goed vond in handen van een ander, mocht er de hand niet op leggen zonder den rechter; wie een ander in het bezit vond van een huis of land, waarvan hij rechthebbende meende te zijn, mocht het niet op eigen gezag in bezit nemen, maar moest er zich door den rechter in laten leiden ²⁾. Het is bij een geleidelijk plaatshebbende ontwikkeling als hier, die bovendien beheerscht werd door plaatselijke omstandigheden en door politieke verhoudingen, uitermate moeilijk om den tijd te bepalen wanneer het een, wanneer het andere gold, terwijl verder uitloopers van het oude hier en daar lang bleven voortbestaan. Toch kan voor ons land de veertiende, en bovenal de vijftiende eeuw als beslissend worden aangenomen. Voorbeelden uit de bewaard-gebleven oudere rechtspraak dienen saamgevoegd om den tijd nader vast te stellen. Wij meenen er eenige te mogen geven.

Een ordel van den Etstoel van Drente ³⁾ van 1427 zegt: „tuschen den Drost en de Boele Gegens ys gewijst, want Boele dat gestolene gelt *bij hem selveren buyten den gherichte* weder ghenomen hadde, soe heft he daer broeke an gedaen”. Wij hebben een tweetal oordeelen der Groningsche warven, beide uit het jaar 1447, waaruit eveneens het ongeoorloofde van eigenrichting blijkt en die van uit taalkundig oogpunt de aandacht verdienen ⁴⁾. Het eene heeft tot opschrift „Husen intslaen is ghewalt” en luidt: „.... is gheseghet, want Menneke myt synen mede syden hebben Ulbet huus in ghesclaghen, *eer se hem myt rechten verwonnen hadden, ende oeck ghene rechters over hem weren*, so is Menneke myt synen mede syden wellich ghewijst in *weltlike* saken”. Het andere is even duidelijk: „van jonge Remken claghe up Haije Bruggema, dat Haije voerss. solde jonge Remken voerss. siin hoy *mit welde* genomen hebben, ende smee dat jn de tochte, js gheseghet, *weert sake*, dat Haije voerss. *jenige sprake* hadde up den

¹⁾ S. J. FOCKEMA ANDREÆ, *De afspiegeling van den groei der staatsmacht in de rechtspleging*, in *Rechtsg. Magazijn*, XXXV, bl. 56 v.

²⁾ T. a. p., bl. 76.

³⁾ GRATAMA, 2^e suppl. *Ordelboek*, nr. 310.

⁴⁾ FEITH, *Warfsc. en Oord.* (*Pro Exc. J. P.*, VII, bl. 28 en 33).

lande, so solde he mit rechte ghesproken hebben ende had hem weldes verlaten. Ende Haije voers. is vellich gewijst in den *welt*'. Ten slotte vermelden wij een ordel van den Drentschen Etstoel van 1526¹⁾, dat kennelijk ook een reactie tegen eigenrichting is: „tuyschen dem droisten ind juffer Ovynghe is gewyst, soe die buuren van Dwyngello oire vertuyget hebben, dat sy heren Lambert Vrolynde etzliche roigge *mytt gewalt* ontnoemen, as idt burtuych vermaich, und geyn bewys, und het eyn landt van reecht is, dat den droisten dairain gebroeket is".

Het treft ons hier, dat deze ongeoorloofde eigenrichting als „geweld" wordt aangeduid. Wie optreedt zonder den rechter, pleegt geweld. Wie op een ander te spreken heeft „die verlaete *gewelt* ende spreke *met recht*", zegt het Ommelander landrecht. En bedenkt men nu dat bezitsbescherming in wezen niet anders is dan bescherming van het gebruik — onverschillig of dit op een recht berust — totdat men met den rechter de onrechtmatigheid van het gebruik heeft aangetoond, dan ligt het voor de hand dat ook uit de taal der bronnen het nauwe verband tusschen bestrijding van eigenrichting en bescherming van het bezit aanstonds blijkt. Met geweld, zonder rechter of gerecht, is één en hetzelfde en daartegen keert zich het recht en door eigenrichting te bestrijden, en door het bezit te beschermen. In het middeleeuwsche recht blijft dit samengaan; geweld is bezitsstoornis gelijk het eigenrichting is; de oude Fransche bezitsactie is een klacht wegens „force". Later gaat dit uiteen en verdwijnt de taalkundige samenhang. De eigenrichting wordt als zoodanig theoretisch omschreven en uitdrukkelijk verboden²⁾; de bezitsbescherming groeit en wint in kracht tot de moderne bezitsactie; het geweld krijgt in de jongere bronnen de beteekenis van vis publica, iemand het zijne afnemen „by fortse" of „fortselijc".

FOCKEMA ANDREÆ heeft op dit verband gewezen en uiteengezet hoe de bezitsbescherming werd voorbereid door het strafbaar zijn van „craft"³⁾, en wij mogen daarnaar verwijzen en brengen hier slechts in herinnering, dat de feitelijke ondergrond der eerste

¹⁾ JOOSTING, *Ordelen Etstoel*, bl. 47.

²⁾ Bv. O. W., I, bl. 72, 99; Markeresolutie Dorth 1787 (SLOET, *Geld. Markerechten*, II, bl. 176).

³⁾ *Het Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht*, I, bl. 210.

bezitsactie — zooals wij die in de veertiende eeuw te Utrecht zien, — deze was dat Sander van Heemsteden niet bereid was met Herman van Lochorst „te recht te comen” en dat „daerenboven Sander hem ziin ghoet *mit ghewelt ghenomen* heeft”. Zuiver geval van eigenrichting, van geweld, dat tot bezitsbescherming leidt.

En wat wij hier vinden, is telkens de feitelijke grond voor de inéénlopende beboeting van eigenrichting en bescherming van het bezit. Vermelden wij een rechtswijzing van schepenen te Leipzig uit denzelfden tijd ¹⁾: „Ist Heinrich Hochlandt frau Agnesen, Nickel von Sandau wittib, in ire gerugliche gewere *mit sein selbst gewalt und on gericht und recht* gefallen; hat er *on gericht* gebrachung der guter, die sie in irer gewer gehabt hat, *entwert*; so musz sie Heinrich Hochlandt ehr aller schult in ire gewere wider seczen und sulche verhinderung mit der pusz abtun”. „Zonder rechter of gerecht” is met „geweld” gelijk te stellen, en wij hebben hier dus volkomen hetzelfde wat te Utrecht wordt gezegd. En aldus vinden wij telkens dat iemand is „entwert on gericht und recht und on gerichtshulf” ²⁾ of geheel overeenkomstige woorden.

Het is uit den aard der zaak niet ons doel over de historische ontwikkeling der bezitsacties te handelen; slechts over het oude Drentsche recht hieronder nog een enkele opmerking. Het kwam er slechts op aan, te wijzen op de beteekenis van het „geweld” in de middeleeuwsche rechtstaal. De bronnen — gelijk wij zagen — spreken daarvan, om ons tot onroerend goed te bepalen, zoo iemand eens anders grond onrechtmatig gebruikt, ook indien het zijn eigen grond is en eigenrichting wordt gepleegd, ook ten slotte indien hij iemand zonder ’s rechters tusschenkomst stoot uit de weer of het bezit. — En wij merken nog slechts op, dat, wat de Duitsche bronnen ontweren noemen, ook in ’t Nederduitsch te vinden is. De willekeur van Duiveland van 1493 spreekt van het geval dat iemand „clachte doet an yemandts goet, dat men *ontzidt* zijns ondancx ende wille” ³⁾.

¹⁾ GUIDO KISCH, *Leipziger Schöffenspruchsammlung*, nr. 238.

²⁾ T. z. p., nrs. 10, 22, 251, 397, 451. Zoo ook in de wijsdommen (bv. O. W., V, bl. 442).

³⁾ *Versl. en Med. O. V. Rbr.*, V, bl. 539.

Wij knopen hieraan vast een enkele beschouwing over het recht in Drente. Tal van malen wordt hier gesproken van „misbruik” en „ontbruiking”, en dit is — zien wij wel — elk bezit of gebruik zonder recht.

De Drentsche en Groningsche bronnen maken tusschen bezit en gebruik geen onderscheid, en het telkens voorkomende bruiken en bezitten is in wezen een tautologische wending. Wie nu zonder recht bezit of gebruikt, is in „misbruik”. Dit zeggen ons de oudere en jongere bronnen. Uit het bekende Rapport van 1557 blijkt in Drente landrecht, dat — indien iemand den ander aanspreekt, dat hij een stuk grond „onrecht solde besitten” en „die anlegger triumpheerde” — den drost van den verweerder, van af den tijd dat hij het land heeft gebruikt, alle dagen een goudgulden toekomt, hetgeen „wordt genoemd een amende der misbruykinge” ¹⁾. Daarmede stemmen de landrechten uit den tijd der Republiek overeen. Dat van 1608 (IV, 8) zegt: „Soo iemand int besit van eenich Erfgoet is ende bi sententie van Drost ende 24 Etten verclaert wordt *in misbruick* te wesen, wordt in sulcken val niet verstaen, dat de Gecondemneerde eenige *breucke van misbruick* schuldich is. Maer indien hi nae de gesprokene sententie evenswel contumaciter int besit der voors. goederen blijft, sal voor d’eerste reise den Heere gebrooken hebben 25 goltguldens”. En die van 1614 (IV, 10 en 11) en 1712 (IV, 3) hebben dezelfde woordenkeus.

In het Drentsche recht geldt de regel dat, wie in ’t bezit is, daarin zal blijven tot den tijd „dat he met rechte dahr uth gesleten worde” — zooals de ordelen van den Etstoel ²⁾ zeggen, waarmede die van de Groningsche warven ³⁾ overeenstemmen. De moeilijkheid echter was dit beginsel te doen eerbiedigen, en de ordelen doen ons telkens speuren welke moeite het gekost heeft om de uitspraken in bezitsquaesties tot uitvoering te doen komen, zoo naar de eene als naar de andere zijde. In de rechtspraak der warven vinden wij herhaaldelijk dit punt besproken, in dezen zin dat blijkt dat de een des anders erfgoed gebruikt „als em dat

¹⁾ GRATAMA, *Drentsche Rechtsbronnen*, bl. 73.

²⁾ FOCKEMA ANDREÆ, *O. N. B. R.*, I, bl. 211.

³⁾ T. z. p., bl. 212.

mit Rechte verbodenn is" ¹⁾. — Als in 1542, na gewezen vonnis, niettemin de klacht voor den Etstoel komt, dat de verliezer den winner „baven de wijsijnghe, dat hem to is gewesen, ontffort ende hennijmpt", vindt de Etstoel daarin aanleiding een constitutie te wijzen van dezen inhoud: „Kennen de gemene etten alle degenne, de in den lantrecht van Drenthe etlich guedt toegewesen is, dat hem de droste metten gerichte in possessy sall setten. Konnen alsdan de wedderparten deselven daeruuth slyten, dat sullen zy doen, als lantrecht is" ²⁾. Reeds kort daarna, in 1553, komt de klacht, „dat Albert Claess. mijt syn soenen" den klager „boven sententie ende executie syn guet onthouden ende gebruiken"; deswege „sall de droste denselven mogen straffen, als men rebellicheren behoert toe straffen" ³⁾, in aansluiting aan den algemeenen regel, dat ieder die boven wijzing en executie doet, door den drost gestraft wordt „alse rebelliger ende wederspanniger dess rechtz", gelijk een ordel van hetzelfde jaar ⁴⁾ het uitdrukt. Wij zien hier een verschijnsel uit den moeilijken overgangstijd, waarin uit het recht dat tegenover hem, die zich naar des rechters uitspraak niet gedragen wil, slechts indirecte dwangmiddelen te bieden heeft, een nieuwer groeien gaat, dat een vermogensrechtelijke executie kent ⁵⁾, en waarvoor de bewaard gebleven rechtspraak uit Drente en Groningen kostbare gegevens leveren kan.

In den overgangstijd tusschen oude en nieuwe rechtsgedachten, waarin eigenrichting ongeoorloofd is geworden, waarin het bezit beschermd werd doch de bezitsbescherming niet geheel verwezenlijkt worden kon, blijkt telkens en telkens — met opvallende vastheid van taal — van gevallen van „ontbruiking" en „misbruiking", dit is: gebruik waartoe men niet gerechtigd is of blijkt te zijn geweest.

Een bloemlezing uit de Drentsche ordelen der vijftiende en zestiende eeuw moge dit bevestigen.

In 1462 „..... js gewijst heer Johan vellich inder *ontbruickinge* van den beesten, de hem Lammen van Valten affgepandet hadde voer

¹⁾ FEITH, *Warfsc. en Oord.*, 1465 (*Pro Exc. J. P.*, VII, bl. 91).

²⁾ JOOSTING, *Ordelen Etstoel*, bl. 121.

³⁾ T. z. p., bl. 281.

⁴⁾ T. z. p., bl. 284.

⁵⁾ Men vergelijke ook: S. GRATAMA, *Een bijdrage tot de Rechtsgeschiedenis van Drenthe*, bl. 291—2 en bl. 298, en de daar aangehaalde ordelen.

alsulek goet ende rogge, als heer Johan vorss. ehm schuldigh was" ¹⁾).

In 1482 tusschen den drost en Roelof Bardinghe „als van den hoijlanden, dat he Abel ther Wisch *ontbruicket* heft, js gewijst, want Roeleff Abel vorss. van den vorss. landen vermoetsoenet hevet, szo sol he oick scheiden van den Drost" ²⁾).

Een ordel van 1530 ³⁾ legt Jan van Wijnsem het bewijs op, dat hij over de helft bekocht is; bewijst hij dit, zoo is de koop van onwaarde. Hij slaagt in het bewijs; derhalve zal hij weder „syn guedt antasten" onder teruggave van den koopprijs, en de koopers „sullen Jan rekenscop doin van de *oist-bruickyng*, to guder luede seggen, met alss van der beterscop vain den tijmer" ⁴⁾. — Men ziet, het gebruik van den kooper blijkt, doordat de koop vernietigd is, een ontbruiking te zijn.

Blijkens een ordel van 1544 ⁵⁾ heeft ook hij, die na een den erfgenaam toegewezen erfenisvordering het goed den erfgenaam moet afgeven, dat goed ontbruikt. Tusschen Helinge en Beninge tot Borck en de fraters van Groningen is gewezen dat de eersten „nu toenen, dat sye rechte arffgenamen zynnen" en derhalve „Helinghe ende Beninge in hoer guet ende de fraters myt onrecht *ontbruket*". Een gelijke beslissing in 1550 ⁶⁾.

In hetzelfde jaar ⁷⁾ wordt een panding van waarde verklaard, mitsdien de tegenpartij „op een *mysbrukinge* van den holte".

In 1548 tusschen Hermen van Munster en Luytgen Noelas wijzen de etten „Hermen van Munster syn lange rustelick besit van weerden; soe Luytgen gheen losse bewyst, ten lantrechte genoich toe syn, offte levendige konde, daeromme vellich der *ontbrukinge*" ⁸⁾.

Een ordel van 1549 ⁹⁾: „.... soe Lubbert selven op der gospraken bekant heft den egendoem Henrick Lamberss. toekomt, wysen daeromme Lubbers Volck vellich der *ontbrukinge*" ¹⁰⁾.

In 1553 wordt gewezen: „wess her Jan ofte Andreass daerbaven (d.i. het laatst gewezen vonnis) wess *ontbruket* heft, sullen zye Albert vorss. weder restituyren, soe hye de wysinge nyet volgedaen heft" ¹¹⁾.

Ordal van 1558: „.... yss gewyst Lubbert vellich in der *ontbrukinge* doch kan Lubbert bewisen bynnen dre weken, alse lantrecht yss, dat hye dat guet nyet gebruket noch by hem gehouden heft nae der esschinge, sall hye dess geneten" ¹²⁾.

In een ordel van hetzelfde jaar ¹³⁾ wordt Jan Volkerss. te bewijzen opgelegd dat zekere goederen hem alleen toekomen: „doet hye dess nyet, alsdan op een onrechte *ontbrukinge*, offte Jan Stevenss. in een onrecht verbot".

En nog in hetzelfde jaar ¹⁴⁾ „yss gewyst, dat Haersolte sall synen scaden

¹⁾ FEITH, *Ordelboek*, bl. 70.

²⁾ T. z. p., bl. 131.

³⁾ JOOSTING, *Ordelen Etstoel*, bl. 95.

⁴⁾ T. z. p., bl. 101.

⁵⁾ T. z. p., bl. 142.

⁶⁾ T. z. p., bl. 233.

⁷⁾ T. z. p., bl. 148.

⁸⁾ T. z. p., bl. 195.

⁹⁾ T. z. p., bl. 223.

¹⁰⁾ T. z. p., bl. 283.

¹¹⁾ T. z. p., bl. 337.

¹²⁾ T. z. p., bl. 338.

¹³⁾ T. z. p., bl. 339.

der *ontbrukinge* van den scape laeten groeten mytten sculten ende naeste buyrscap....".

In 1559 de eischers gewezen „vellich in der *ontbrukinge* der panden" ¹⁾.

In 1600 gewezen: „sollen die erffgenamen.... so die boelpenningen als andersins int kleen als int groedte wat een yder daeruuth heft genoten, weder inbrengen by peene van *untbruickinge*" ²⁾.

Het leek ons niet zonder belang — in verband met de hier-vóórgaande beschouwingen — aldus den oorspronkelijken zin van het woord „ontbruiking", als aanduiding van elk gebruik „zonder recht", te kunnen vaststellen.

¹⁾ T. z. p., bl. 343.

²⁾ T. z. p., bl. 413.

NIEUWE BIJDRAGE TOT HET ONTSTAAN VAN HET BEGINSEL DER REALITEIT.

DOOR

MR. E. M. MEYERS,
Hoogleraar te Leiden.

Toen ik in 1914 mijn *Bijdrage tot de geschiedenis van het internationaal privaatrecht in Frankrijk en de Nederlanden* publiceerdde, volgde ik daarbij een methode, die vóórdien niet of zeer spaarzaam bij dit onderwerp gevolgd was: voorop stelde ik de practijk in Frankrijk en de Nederlanden, gelijk rechtspraak, costumen en oorkonden ons die hadden overleverd; daarmede vergeleek ik de resultaten der theorie.

Bij den grooten omvang van het te doorzoeken materiaal kon ik niet naar volledigheid streven. Ik heb dan ook na 1914 bij nieuwe historische studiën steeds weder gegevens ontmoet, die voor de geschiedenis van het internationaal privaatrecht in Frankrijk en ons land van belang zijn. Ik stel mij voor nu en dan deze nieuwe gegevens bij wijze van aanvulling, ter kennis van de lezers van dit tijdschrift te brengen.

Een belangrijke aanvulling zal een opstel brengen, dat ik in de volgende afleveringen hoop op te nemen en dat aan het erfrecht in de Nederlanden gewijd is. Thans bepaal ik mij hier nader de aandacht te vestigen op drie punten, waaromtrent mijn vroeger geschrift niet geheel volledig is geweest.

I.

Met het verdwijnen der oude stammen Saliërs, Saksen, Friezen, Goten, enz., neemt schijnbaar ook de tijd van de persoonlijke rechten een einde. Ja, gewoonlijk doet men het voorkomen of het eene noodzakelijk met het andere verbonden moet zijn.

Niets is nu minder waar dan dit laatste. Indien eenmaal bij een volk de overtuiging leeft, dat het recht een bijzonder bezit is van de rechtgenooten, zoodat eenerzijds vreemden dit recht niet kunnen inroepen en anderzijds het de rechtgenooten overal volgt, dan behoeft deze opvatting, die in den grond der zaak een opvatting van het recht zelve is, toch niet te verdwijnen, omdat oude rechtsgemeenschappen uiteenvallen en nieuwe zich vormen. Waarom op deze nieuwe rechtsgemeenschappen niet de oude opvatting van het recht en zijn persoonlijk karakter toegepast?

Voorzoover men het verdwijnen van het beginsel van het persoonlijk recht niet als iets van zelf sprekend aanmerkte, had men op deze vraag vroeger slechts één antwoord: de feodaliteit heeft heerschers in het leven geroepen, die, jaloersch op hun rechtsmacht, deze de meest absolute gelding gegeven hebben.

In mijn vroegere verhandeling heb ik de onjuistheid dezer heerschende opvatting trachten aan te toonen. Ik heb daarin betoogd, dat er met de opkomst der feodaliteit volstrekt niet een verandering van rechtsovertuiging gepaard is gegaan. Niet door een verandering van het objectieve recht, maar door wijziging der subjectieve rechtsverhoudingen heeft het territorialiteitsbeginsel de suprematie verkregen. De uitdrukkelijk vastgestelde of stilzwijgend aangenomen voorwaarden van uitgifte van leen- en cijnsgoederen werden de *lex terrae*, waaraan de elkaar opvolgende verkrijgers gebonden waren. Als ware het een zakelijke last, kon men een onroerend goed slechts verkrijgen onder de daarvoor geldende voorschriften. Buiten het recht der onroerende goederen, bleef echter in het strafrecht, in het familierecht en in het recht der roerende goederen het beginsel der personaliteit grootendeels gehandhaafd, al ging het gewoonlijk onder een competentieregeling schuil. Aldus kreeg men rechtsregelen met een reëel karakter naast rechtsregelen met een persoonlijk karakter. Deze onderscheiding is door de Fransche hoogleeraren der 13^e eeuw ook in de wetenschap overgebracht.

Ten bewijze, dat hier inderdaad continuïteit tusschen den tijd der volksrechten en de 13^e en 14^e eeuw gegeven is, kan ik nu nog op een omstandigheid wijzen, die vroeger mijn aandacht ontgaan is.

Ik bedoel de vele bepalingen der Fransche stadsrechten uit de

12^{de} en 13^{de} eeuw, waarin tegen overtreding straf bedreigd wordt **lege qua vivunt**.

Aan een onderscheiding naar de oude rassen: Saliërs, Ripuariërs, enz., valt hierbij niet te denken.

Zoo luidt art. 4 van het handvest van Laon van 1128:

Si vero forte, ut sepe evenire solet, aliquibus altercantibus alter alterum pugno vel palmo percusserit, vel turpe improprium ei dixerit, legitimo testimonio convictus ei in quem peccavit lege qua vivit emendet et majori ac juratis violata pacis satisfaccionem faciat.

En eveneens vindt men in art. 9:

Statuimus etiam ut homines capite censi dominis suis census capitis sui tantum persolvant; quem si statuto tempore non persolverint, lege qua vivunt, emendent.

Overeenkomstige bepalingen vindt men in de charters van Mantes van 1150 (art. 2), van Noyon van 1181 (art. 5) en van Brag van 1210 (art. 12) en natuurlijk ook in alle van deze moederrechten afgeleide hantvesten.

Merkwaardig zijn ook de bepalingen uit het handvest van Tonnerre van 1174; daar zijn de oude verschillen der rassen vergroeid tot een verschil in recht voor vrijen en slaven.

De verschillende bepalingen heb ik hier achter als Bijlage I gevoegd.

Kan men aldus het voortleven van de gedachte der persoonlijke rechten in het strafrecht duidelijk tot in de 12^e eeuw volgen, zoo wordt daardoor de waarschijnlijkheid vergroot, dat de competentieregeling, die men in gansch Noord-Frankrijk toen en reeds vroeger aantrof en volgens welke de rechter van de woonplaats de gewone rechter van iederen beklaagde was, aan dezelfde gedachte haar ontstaan dankt. Behoudens betrapping op heeterdaad, heeft een ieder aanspraak op berechting door en in den rechtskring waartoe hij behoort. Bij heeterdaad paste men weliswaar in later tijd het recht van de plaats van berechting toe, maar de geciteerde artikelen toonen aan, dat dit in Noord-Frankrijk betrekkelijk laat algemeen geworden is.

II.

Een tweede onderwerp, waarbij het beginsel der realiteit niet tot heerschappij gekomen is en waaromtrent ik in staat ben een aanvulling te geven, betreft de roerende goederen.

In mijn „Bijdrage” schreef ik op blz. 70, dat ik voor Frankrijk geen direct bewijs kon leveren, dat reeds gedurende de 13^e en 14^e eeuw de roerende goederen aan het beginsel der realiteit onttrokken waren. Ik kan thans deze leemte aanvullen.

In de eerste plaats wijs ik op twee belangrijke arresten van het parlement van Parijs, het eene van 1315, het andere van 1329.

In het eerste geval waren partijen verdeeld over de vraag, of een locale gewoonte, krachtens welke echtgenooten na de huwelijksvoltrekking elkander wederkeerig, ten nadeele der kinderen uit een vroeger huwelijk, alle roerende goederen konden schenken, ook buiten het gebied der woonplaats der echtgenooten bindend was. De partijen refereerden zich voor deze vraag aan het oordeel van het parlement. Dit nu verklaarde het gewoonterecht van de woonplaats van de echtgenooten ook voor de roerende goederen, die zich elders bevonden, verbindend ¹⁾.

Bij het op 23 December 1329 gewezen arrest dat nog door CHOPIN als gezaghebbend geciteerd wordt, werd het recht der plaats, waar het huwelijk voltrokken was (Parijs) voor beslissend verklaard, om uit te maken of de echtgenooten in gemeenschap van roerende goederen gehuwd waren; de man was afkomstig uit Périgord en daar bevonden zich ook de goederen. Wellicht heeft bij deze beslissing mede eenige invloed gehad, dat de vrouw zich bij huwelijksche voorwaarden, te Parijs opgemaakt, door haar aanstaanden man een bijzonder dotaalitium had laten toezeggen; maar van veel invloed kan dit feit niet geweest zijn, daar een zoodanige toezegging zoowel volgens het droit coutumier als het droit écrit kon geschieden ²⁾. Het parlement heeft in dit geval het huwelijksgoederenrecht blijkbaar als een gevolg van een tusschen partijen gesloten contract aangemerkt en daarop de wet der plaats van sluiting toegepast. Vermoedelijk is de leer der gestudeerde juristen aan deze beslissing niet vreemd geweest.

Hetzelfde, als wat het parlement voor roerende goederen aan-

¹⁾ Zie Bijlage II.

²⁾ Ten aanzien van onroerende goederen gold steeds in de 13^e en 14^e eeuw de wet der ligging. Zie in mijn *Bijdrage* de op bl. 58, noot 2 geciteerde arresten, waarbij te voegen het arrest van 1284, opgenomen in de *Essai de restitution*, n. 547. Zie ook een arrest van 1321, besproken door CHENON, *Les jours de Berry au parlement de Paris*, bl. 281 en vgl. in het bijzonder bl. 290.

nam, vindt men ook terug in de in 1448 geschreven verhandeling: *Coustumes des pays de Vermendois et ceulx de envyron*.

De auteur zet in dit geschrift niet alleen het gewoonterecht van Vermendois en van de omliggende landen uiteen, maar geeft ook telkens aan, hoe de conflicten tusschen de verschillende regelingen dezer gewesten tot oplossing gebracht moeten worden.

Voor onroerend goed wordt de *consuetudo terrae* beslissend verklaard. Merkwaardig hierbij is, hoe ten aanzien van leengoederen uit Vermendois stammend, de gewoonte van het heerschend leen gevolgd wordt; ook zelfs ten aanzien der erfopvolging. Dit is in overeenstemming met het in 1281 door het Parijsche parlement voor een leen van Vermendois besliste¹⁾. In de 14^e eeuw was echter de jurisprudentie zich gaan wijzigen. In Vermendois bleef men blijkbaar nochtans de van ouds gehuldigde opvatting trouw.

Wat nu de opvolging in de roerende goederen betreft, wordt door den schrijver uitdrukkelijk verklaard, dat men in Laon, Vermendois en Champagne zich richtte naar de woonplaats van den overledene. In Laon, Reims en Vermendois past men dit ook bij de opvolging in vorderingen toe. Hierbij wordt de navolgende motiveering gegeven: *et ce est assés fondez en raison; car, puisque debtes sont repputeez meubles et que meubles n'ont pas propre situation, il convient avoir regard au corps, et par conséquent au lieu où il avoit son vray domicile; et où que les meubles soyent, sieuvent le corps*.

Waar men geen wet der ligging kan toepassen, acht men dus het meest aangewezen zich naar de persoonlijke wet van den erflater te richten.

Dezelfde onderscheiding tusschen roerende en onroerende goederen wordt dan verderop gemaakt voor de gevolgen der aanvaarding. Ook hier wordt ten aanzien der roerende goederen de wet van de woonplaats van den overledene voor beslissend verklaard.

Door den schrijver wordt niet de vraag behandeld in hoever het huwelijk gemeenschap tusschen de echtgenooten schept en welk recht daarbij beslissend moet zijn. Wellicht heeft hij dit niet beschreven, omdat het recht der aangrenzende gewesten geen belangrijke afwijkingen van dat van Vermendois opleverde.

¹⁾ Zie mijn Bijdrage, bl. 66.

III.

Het derde punt, waaromtrent ik eenige nieuwe gegevens bijbrengen kan, betreft het in de wetenschap ontstaan der onderscheiding in *consuetudines personales* en *consuetudines reales*. Tegen mijn vroegere uiteenzettingen dienaangaande zijn door NEUMEYER eenige bedenkingen in het midden gebracht ¹⁾, waarvan mij bij nader onderzoek de juistheid gebleken is. NEUMEYER heeft de vraag gesteld of bij de eerste opstellers dezer onderscheiding in Frankrijk niet eenvoudig gedacht kan zijn aan het recht regelende de zakelijke rechten, in tegenstelling met het recht regelende de verbintenissen.

Inderdaad is dit zoo. Gelijk vroeger door mij opgemerkt is, is de eerste, die de termen *consuetudo realis* en *consuetudo personalis* gebruikt, PIERRE DE BELLEPERCHE geweest. Hij eindigt echter zijn uiteenzetting: *Quae consuetudo realis sit et quae personalis, videbitis in brevi*.

Was het mij aanvankelijk niet gelukt, deze nadere uiteenzetting te vinden, omdat ik haar in den *Codexcommentaar* zocht, bij het doorlezen van zijn *repetitiones* op de Instituten kreeg ik haar onder de oogen. Daar nu zegt hij uitdrukkelijk: *differentia enim tanta est quanta inter actionem in rem aut in personam*.

Ook zijn leerling LAMBERTUS DE SALINIS vat aldus de onderscheiding op ²⁾.

De juistheid van deze opmerking neemt echter niet weg, dat bij de erkenning der *consuetudo realis* bewust aansluiting bij de practijk gezocht werd. Sic tenent laici, verklaart reeds uitdrukkelijk JACQUES DE RÉVIGNY in zijn omstreeks 1270 gehouden *repetitio* der wet D. 5. 1. 1. ²⁾. En wat de *consuetudo personalis* aangaat, met deze werd toch erkend, dat een recht buiten zijn ressort kon gelden. Het is de oude gedachte van het persoonlijk recht, wanneer men van *consuetudines* opmerkt: *non respiciunt res sed personas*. Dit beginsel eenmaal toegelaten, kon gemakkelijk ook buiten het verbintenissenrecht toepassing vinden, gelijk dan ook door GUILIELMUS DE CUNIO en JOHANNES FABER geschied is.

Ten slotte is er nog één richting, waarin men de oude theorie

¹⁾ K. NEUMEYER in *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1919 bl. 200.

²⁾ Men vergelijke hierna Bijlage III.

in Frankrijk vervolgen kan, die zeer de aandacht verdient, omdat zij ons tot D'ARGENTRÉ brengt, nl. de raadpleging der Fransche canonieke literatuur, in het bijzonder het werk *Distinctiones in libros V Decretalium* van HENRICUS BOUHIC.

Volgens D'ARGENTRÉ eigen verklaring heeft hij bij zijn beschouwingen met vrucht van het werk van BOUHIC gebruik gemaakt. BOUHIC nu heeft omstreeks 1320 het civiele recht te Orleans geleerd¹⁾, en maakt in zijn commentaar een dankbaar gebruik van de geschriften der drie hoogleeraren uit Orleans, JACQUES DE RÉVIGNY, PIERRE DE BELLEPERCHE en LAMBERT DE SALINS. Daarnaast zijn GUILLAUME DE MONTLEZUN, canonist uit Toulouse, en de Fransche canonist, die nog steeds slechts onder den naam ABBAS ANTIQUUS bekend is, zijn autoriteiten.

De oudste dezer, ABBAS ANTIQUUS, geeft op de decretale X. II. 15. 3. bij de woorden: *secundum jus et bonam terre consuetudinem* aan, dat daarmee bedoeld is de gewoonte van de plaats, waar de zaak zich bevindt. Anders is het bij een persoonlijke actie of bij een delikt, omdat alsdan gevolgd wordt de gewoonte van de plaats, waar het contract is aangegaan. resp. van de plaats, waar het delikt bedreven is.

GUILLAUME DE MONTLEZUN begint in zijn commentaar op de Clementinae V. 11. 2 met vrijwel letterlijk de uiteenzettingen van ABBAS ANTIQUUS over te schrijven. Hij voegt daaraan echter twee toepassingen toe, die alleszins een nadere beschouwing verdienen. In de eerste plaats merkt hij op, dat een dos of donacio moet opgeëischt worden volgens de consuetudo der plaats waar het huwelijk gesloten is; hij past dus op het huwelijksgoederenrecht, evenals het parlement te Parijs, den regel, die voor contracten opgesteld is, toe. De tweede toepassing verdient nog meer de aandacht. Hij behandelt nl. welke gewoonte den vorm van testamenten bepalen moet. Hierbij maakt hij nu een onderscheid tusschen locale voorschriften, waarbij het aantal getuigen vastgesteld wordt en zoodanige, waarbij voor de geldigheid van het testament verlangd wordt, dat het ten overstaan van een bisschop

¹⁾ Hij citeert als zijn leermeesters uit Orleans JOHANNES DE FERITATE, PETRUS DE QUERCU, later deken van Tournay, en ALANUS HÉLORY, later bisschop van Trécora.

of zijn officiaal gemaakt wordt. Ten aanzien van eerstgenoemde voorschriften richt hij zich naar de plaats waar het contract — scilicet testamentum — gemaakt is, maar bij de tweede richt hij zich naar de consuetudo realis: non concernit ordinationem contractus immo potius afficit rem super qua seu de qua contractus fit.

Hier blijkt weer zeer duidelijk, hetgeen ik boven opmerkte: de onderscheiding consuetudo personalis en consuetudo realis moge aanvankelijk gedacht zijn als een zuivere reproductie van de Romeinsche onderscheiding der actiones, in actiones in rem en actiones in personam, vrijwel van meet af aan heeft daarbij de oude gedachte mede voorgezeten, dat er voorschriften zijn, die den persoon overal volgen en voorschriften, die zich aan de zaak hechten. Voorschriften, die hetzelfde object hebben zooals de de wijze waarop getesteed moet worden, kunnen zoowel een consuetudo personalis als een consuetudo realis zijn. Het is hetzelfde wat ongeveer terzelfder tijd een ander hoogleeraar uit Toulouse, GUILLELMUS DE CUNIO, leert ¹⁾.

HENRICUS BOUHC heeft in zijn in 1346 geschreven *Distinctiones* zich herhaaldelijk uitgelaten over de vraag, welke gewoonte bij strijd tusschen verschillende coutumes gevolgd moet worden. Zijn beschouwingen dienaangaande zijn echter hoofdzakelijk compilatie-arbeid; hij is daarbij eerlijk genoeg om zijn bron steeds te noemen. Op de canon, cum esset (X. III 26. 10) schrijft hij letterlijk de uiteenzettingen van GUILLELMUS DE MONTELAUDUNO af; bij de canon, de illis autem qui de loco (X. V. 17. 1) geeft hij een reproductie van de leer van DE RÉVIGNY omtrent de uitlevering.

Het uitvoerigst is BOUHC nog op de canon cum venissent (X. II. 15. 3). Het meest belangrijk is daar wat hij omtrent de consuetudo realis opmerkt. „Voco, — zegt hij — consuetudinem realem quae respicit certum territorium seu res certi territorii et quae est insita, inhaerens et affixa certo territorio et rebus ipsius.”

En als voorbeeld geeft hij dan het voorschrift van het Parijsche gewoonterecht, dat echtgenooten elkander niet anders met meubles en conquêts kunnen begiftigen dan wederkeerig en in den vorm van een vruchtgebruik, ingaande met den dood van den eerststervende. Waarom wordt nu deze regel van het contractenrecht

¹⁾ Zie mijn *Bijdrage* bl. 94 en bl. XXVI.

als een *consuetudo realis* beschouwd? Omdat zij „*inspiciat bona in diocesi Parisiensi constituta*”, omdat zij als het ware vormt een „*onus rei*”.

Overigens neemt BOUHIC hier, gelijk blijkt, een ander standpunt in dan het parlement van Parijs. Dit onttrok in een geheel overeenkomstig geval de roerende goederen aan de *consuetudo realis* en liet hen het recht van de persoon volgen. BOUHIC kent echter ook *consuetudines reales* ten aanzien van roerende goederen.

Wanneer in de 16^e eeuw D'ARGENTRÉ wederom de aandacht op zijn landsman BOUHIC vestigt, en van hem getuigt, cui homini paucos ex turba posterioris iurisprudentiae comparaverim ut non sine causa eum valentissimum Canonistam quidam et ipse (= MOLINAEUS) de illustribus Canonistis appellet, dan wijkt hij desniettemin in zoover van BOUHIC af, dat hij de roerende goederen onder het personeel statuut brengt; de praktijk was te dien aanzien te vast gevestigd ¹⁾. Ten aanzien der *acquest* vereenigt hij zich geheel met BOUHIC en speelt hem in zijn dispuut met MOLINAEUS tegen dezen uit. In zooverre was het gelijk ongetwijfeld aan den kant van BOUHIC en D'ARGENTRÉ, dat zij ten aanzien der onroerende goederen en handelingen die deze betroffen, de oude, door eeuwen bevestigde leer der praktijk weergaven ²⁾. Maar daarom is ook D'ARGENTRÉ's leer, evenmin als die van BOUHIC, te begrijpen zonder kennisneming van hetgeen in de rechtspraak eeuwenlang vaste traditie geweest is.

¹⁾ D'ARGENTRÉ op art. 218, glosse 6, no. 30 en 33 van zijn *Commentarii in Consuetudines Britannias*.

²⁾ Een zeer oude getuigenis daarvan geven nog: *Li costum estenues et gardées à Diion* van het begin der 14^e eeuw:

Item il est de coustume à Diion, que nulle femme, le mariage durant, ne prant conquise à Diion et se anxint est, que li mariz acquiert aucunes choses es lieux où l'on prent conquise le mariage durant, la femme pranray la moitié de ce qui seray conquis es lieux où l'on prent conquise; et se li hon qui est mariez es lieux ou l'on prent conquise, acquiert aucunes choses à Diion, sa femme ne pranray point de conquise es choses qui seront acquises à Diion, (PÉRARD, *Recueil de plusieurs pièces curieuses pour l'histoire de Bourgogne*, bl. 358).

Het is zelfs de vraag of deze plaats niet algemeen voor roerende en onroerende goederen is.

BIJLAGEN.

Als bijlagen worden hier gegeven:

- I. Verschillende artikelen uit handvesten van Fransche steden. Deze zijn alle ontleend aan *les Ordonnances des Rois de France*.
 - II. De arresten van het parlement van Parijs van 1315 en 1329 besproken op blz. 64. Het arrest van 1315 is ontleend aan „*les Olim*” III bl. 1010; van het arrest van 1329 heb ik een afschrift van het origineel (X^{1a} 6 f° 72) gekregen dank zij de bereidwilligheid van den heer LANGLOIS.
 - III. Eenige citaten uit de *Costumes des pays de Vermendois et ceulx de envyron*, naar de uitgave van C. J. BEAUTEMPS—BEAUPRÉ, 1858.
 - IV. Eenige citaten van civilisten en wel:
 - a) JACOBUS DE RAVANIS op D. 5. 1. 1.: K. NEUMEYER was zoo vriendelijk mij opmerkzaam te maken, dat deze niet onbelangrijke tekst dicht bij, nl. te Leiden in het *Ms. d'Abiaing* n. 2, voor mij te raadplegen was. Wederkeerig kan ik thans den Beierschen hoogleeraar er op opmerkzaam maken, dat de tekst van het Leidsche manuscript zeer corrupt is, doch dat een zuiverder tekst in Beieren te vinden is. Naar deze (*Ms. BAMBERG*, Jur. 33 bl. 88) publiceer ik thans het citaat.
 - b) JACOBUS DE RAVANIS op D. 1. 7. 22, naar het *Ms. Leiden d'Abiaing* n°. 2.
 - c) JACOBUS DE RAVANIS op autentica qua in provincia, bij C. 3. 15. 2.
- De door mij in mijn *Bijdrage*, Bijlage, bl. XIX gepubliceerde tekst is uit de repetitie van PIERRE DE BELLEPERCHE, die abusievelijk in den Codex-commentaar van JACOBUS DE RAVANIS geplaatst is. Ik publiceer nu het desbetreffend gedeelte uit de repetitio van JACOBUS naar *Ms. BAMBERG*, Jur. 33 bl. 27.

d) JACOBUS DE RAVANIS op N. 17, de mandatis principum, naar Ms. Chartres, n. 23.

e) PETRUS DE BELLAPERTICA op I. 1. 2. de iure naturali, naar de editie Lyon 1536.

f) LAMBERTUS DE SALINIS, *Distinctiones Codicis* op C. 1. 1. 1. naar Ms. Leipzig 975 vergeleken met Chartres n. 23.

g) LAMBERTUS DE SALINIS, *additiones* op de *Lectura Codicis* van PETRUS DE BELLAPERTICA naar Ms. Cambridge — Peterhouse n. 34.

V. Eenige citaten van canonisten en wel:

a) ABBAS ANTIQUUS op X 2. 15. 3. sub verbis, secundum ius et bonam terre consuetudinem naar de Mss. Bamberg Can. 58 en 59. (P II 8 en 9) ¹⁾.

b) GUILIELMUS DE MONTELAUDUNO op Cl. 5. 11. 2 sub verbis „usus longaevus” naar de Mss. Bamberg. Can. 76 en 77. (P. III. 3 en 19) ¹⁾.

c) HENRICUS BOUHIĆ op X 2. 15. 3 naar den druk Lyon 1537.

¹⁾ De raadpleging der verschillende Bambergische manuscripten is mij door de medewerking van den bibliothecaris FISCHER zeer vergemakkelijkt.

BIJLAGE I.

HANTVESTEN UIT NOORD-FRANKRIJK.

LAON, Hantvest van 1128 (*Ordonnances*, XI, 185): ¹⁾
art. 4.

Si vero forte, ut sepe evenire solet, aliquibus altercantibus alter alterum pugno vel palmo percusserit, vel turpe improprium ei dixerit, legitimo testimonio convictus, ei in quem peccavit Lege qua vivit emendet et Majori ac Juratis violate Pacis satisfaccionem faciat.

art. 9.

Statuimus etiam ut homines capite censi Dominis suis censum capitis sui tantum persolvant; quem si statuto tempore non persolverint, lega qua vivunt emendent.

MANTE, Hantvest van Mante van 1150, bevestiging van een hantvest van Lodewijk VI (*Ordonnances* XI, 197), art. 2.

Quod si alicuius Militis hospes, illi cuius hospes fuerit in aliquo forifecerit ab eodem Domino submonitus, in eius domum infra Meduntam scilicet, plenam ei justitiam exequetur.

Sivero hospes rectitudinem facere contempserit.... prepositus vero adhibitis sibi Paribus Communitatis, si voluerit, ad hoc hospitem Militis coget, ut quia exequi justitiam contempsit, Militi lege qua vivit emendet.

NOYON, hantvest van 1181, (*Ordonnances*, XI 224, bevestiging van een hantvest van 1140).

art. 5.

Si judex comprehenderit panificos qui parvum fecerint panem

¹⁾ Gelijke bepaling vindt men ook in de latere hantvesten van 1184, art. 7 (O. XI, 232) en 1189, art. 4 (O. XI, 258) en in de van LAON afgeleide hantvesten. MONTDIDIER 1195, art. 8 (O. XII, 289), CERNI 1184, art. 7 (O. XI, 232), CRESPIY, 1184, art. 4 (O. XI, 234) en BRUYNES 1186, art. 4 (O. XI, 245).

et illi inde placitare voluerint, si fuerint convicti, juxta Legem qua vivunt, cum amissione panis emendabunt. Si vero placitare noluerunt, panes tantum amittent.

BRAY, Hantvest van 1210 (*Ordonnances*, XI 296).
art. 12.

Undecumque homo veniat, in Communiam, si voluerit, recipi poterit, cuiuscumque homo sit, nisi ipsum Dominus eius infra annum et diem reclamaverit; et post annum et diem nichil ab eo exigere poterit, preter capitagium vel alium redditum suum et hoc in termino constituto. Si autem eo solvere noluerit, clamorem ad Prepositum nostrum faciat. Si convictus fuerit, secundum Legem qua vivit, illa reddat.

TONNERRE, Hantvest van 1174 van Guy graaf van Nevers (*Ordonnances*, XI 218).
art. 1.

Si quis autem convictus foret quod de jure meo me in aliquo defraudasset, capitale emendabit cum emendatione Legis unde viveret; si liber erit septem solidos, si servus in tres solidos emendabit.

art. 6.

De minutis forifactis emendabunt secundum Legem suae conditionis, liber septem solidos, servus tres solidos emendabit.

BIJLAGE II.

PARLEMENT VAN PARIJS.

a. (1315. Olim III. 1010).

Discordia mota, in curia nostra, inter Guillelmum de Dyciaco, ex una parte, et Johannem Haudri, tutorem et tutorio nomine nepotum suorum, liberorum Egidii Haudri et Beatricis, quondam ejus uxoris, nunc defunctorum, ex alia, super eo quod dictus tutor dicebat ad dictos liberos solum et insolidum pertinere omnia bona mobilia que fuerunt ipsorum Egidii et Beatricis, parentum liberorum predictorum, quare petebat dicta bona, ratione predicta, sibi deliberari; dicto Guillelmo e contrario proponente dicta bona mobilia, que fuerant dicte Beatricis, ad ipsum solum et insolidum pertinere, et ea sibi deliberari debere, pro eo quod, cum ipse, post obitum dicti Egidii, cum Beatrice predicta matrimonium contraxisset, constante matrimonio inter eos, ipsi Guillelmus et Beatrix, mutuo et hinc inde donacionem equalem inter vivos sibi fecerunt invicem de omnibus bonis mobilibus communibus inter ipsos, videlicet quod ille ex ipsis duobus qui superviveret haberet et lucraretur in perpetuum omnia bona mobilia supra dicta; de qua donacione, sic mutua et equali, facte fuerunt littere, sigillo prepositure Ville-Nove-Regis sigillate, sub cujus districtu dicti Guillelmus et Beatrix, conjuges, ante donacionem predictam et diu post, continue suam fecerunt mansionem et in qua Villa-Nova-Regis contractus et convenciones donacionis predictae facti fuerunt et initi, et in qua castellania decessit dicta Beatrix, uxor sua predicta, quodque, de consuetudine dicte prepositure et castellanie Senonensis et Ville-Nove-Regis predictae, talis donacio valida est et habere debet perpetui roboris firmitatem; dicto Johanne, tutoris nomine liberorum predictorum, in contrarium plures rationes proponente et dicente quod, per usum et consuetudinem locorum predictorum, dicta donacio non valebat, quare dicebat dictus tutor quod quarta pars omnium bonorum mobilium

que fuerunt dictorum Guillelmi et Beatricis, tempore quo Beatrix predicta decessit, pertinebat et pertinere debebat ad suos nepotes predictos, ratione successionis matris eorum predictae, super quo debato dicte partes, in curia parlamenti Parisiensis, inter cetera concordaverunt quod, per personas ydoneas, inquireretur veritas de consuetudinibus predictis prepositis hinc et inde, et quod, inquisita super dictis consuetudinibus veritate, et inquesta super hoc ad dictam curiam reportata, ipsa curia videret et decerneret an consuetudines predictae deberent extendi ad bona mobilia Parisius existencia, prout in dicto acordo, sigillo carissimi genitoris nostri sigillato, potest plenius apparere; super quibus consuetudinibus per personas ydoneas, dictus genitor noster mandavit inquiri, cum diligencia, veritatem: Tandem visa, per curiam nostram, inquesta super predictis facta, auditisque rationibus ex utraque parte propositis ac viso acordo predicto, per iudicium curie nostre, dictum fuit predictum Guillelmum melius quam dictum Johannem, suam intencionem super hoc probavisse, quodque consuetudo predicta, per eum allegata et probata, se extendit ad bona mobilia dicte Beatricis quondam Parisius consistencia, et quod dicta bona mobilia eidem Guillelmo, ratione donacionis predictae, deliberabuntur.

Veneris post Quasimodo, anno tricentesimo quindecimo.

M. J. de Halis reportavit.

b. (23 December 1329).

Lite mota in curia nostra inter Floriam de Follayo, relictam defuncti Lamberti Porte de Petrageris, quondam ejus mariti, ex parte una, et Raymundum Forte, filium et heredem dicti Lamberti ex altera.

Super eo quod dicta Floria dicebat et proponebat quod in tractatu matrimonii inter ipsam et dictum Lambertus celebrati dicta Floria eidem Lamberto mille libras bonorum parisiensium, quorum medietas eidem Florie, alia vero medietas Matheo et Gilete ejusdem Florie liberis pertinebat, tradiderat; dicebat etiam quod, eo tempore quo inter ipsos dictum matrimonium fuerat celebratum, dictus Lambertus domicilium suum Petrageris tenebat et ibidem majorem partem fortunarum suarum habebat, et quod satis cito post dictum matrimonium inter eos Parisius consummatum, dictus

Lambertus dictam Floriam, una cum ejusdem Florie liberis predictis ad dictum domicilium suum quod tunc tenebat Petragoris causa moram ibidem trahendi duxerat, et ibidem dicta Floria cum dicto Lamberto tunc marito suo per tres annos et amplius, dictus vero Lambertus usque ad ejus obitum continue manserant. Dicebat etiam quod jure scripto quo dicta villa regitur et quo in ea uti consuetum est, mulier soluto matrimonio potest super bonis mariti sui repetere ea que marito suo dedit in maritagium sive dotem, una cum dotalicio suo, si quod eidem in tractatu matrimonii per maritum est promissum, nec per petitionem dotalicii a dotis repetitione est exclusa. Quare petebat dicta Floria dictum Raymundum condemnari et compelli ad solvendum et reddendum eidem quingentas libras parisienses de dicta summa mille librarum quas eidem Lamberto in tractatu dicti matrimonii ratione dotis seu maritaggi tradiderat, una cum expensis factis et faciendis per dictam Floriam in prosecutione presentis cause, plures alias rationes ad hoc proponendo.

Dicto Raymundo ex adverso preponente et dicente quod ante dictum matrimonium inter dictum Lambertum, quondam patrem suum, et dictam Floriam Parisius celebratum, dicta Floria Parisius tanquam burgensis dicte ville morabatur et quod dictus pater suus, ante dictum matrimonium, in hospicio dicte Florie, necnon et post dictum matrimonium cum eadem in dicto hospicio diu manserat, quodque in tractatu dicti matrimonii dicta Floria de speciali dotalicio quod eidem dictus Lambertus assidere promiserat sibi providerat, prout in quibusdam litteris sigillo Castelleti nostri parisiensis sigillatis, super conventionibus in tractatu dicti matrimonii factis et habitis dicebat contineri. Dicebat etiam quod ex quo dictum matrimonium factum fuerat Parisius et dicte conventiones ibidem habite, usus et consuetudines parisienses debebant in dicto matrimonio et in omnibus ex eo dependentibus observari; qui tales sunt videlicet quod statim consummato matrimonio inter virum et uxorem omnia bona mobilia sunt communia inter ipsos, nec repetit mulier soluto matrimonio ea que cum marito in contractu matrimonii apportavit, sed debet esse contenta dotalicio suo et medietate bonorum mobilium et conquestuum factorum constante matrimonio inter ipsos, quare petebat se absolvi ab impetitione dicte Florie, plures alias rationes ad hoc propo-

nendo. Tandem defuncta dicta Floria, processuque predicto in statu in quo tunc erat per magistrum Matheum ad latus filium dicte Florie resumpto, dicta curia nostra fecit super predictis per certos commissarios veritatem inquire. Facta igitur super hiis inquesta et dicte curie nostre reportata et auditis dictis partibus, per dictam curiam nostram ad judicandum admissa, visaque et diligenter examinata dicta inquesta cum toto processu, dicta curia nostra dictum Raymundum ab impetitione dictarum (sic) Florie et dicti magistri Mathei per suum iudicium absolvit; reservato dicto magistro Matheo jure quod eidem potest competere contra dictum Raymundum, juxta usus et consuetudines parisienses antedictos. Datum die XXIII^a decembris. Dyonisius reportavit.

BIJLAGE III.

COUSTUMES DES PAYS DE VERMENDOIS ET CEULX DE ENVYRON.

n. 68. *Item,* A sçavoir s'en aulcunes seignouries ou chastellnye mouvant ou sortissant de Vermendois, a quelque usaige ou coustume au regard des fiefz qui sont tenus de telles seignouries ou chastellniez aultrez que ceulx de Vermendois et de la chastellenie dont telle seignourie meut, comme en relief, chambrellaige, namptissement ou autrement.

Response, En plusieurs chastellenyes mouvans de Vermendois, a aultrez usaiges en matière de fief au regard des drois seignouriaux que celles dudict Vermendois; comme en terre de Néelle, et aulcunes aultrez, là où on use en chambrellaige, en plusieurs cas en prenant plusieurs ¹⁾ drois que en Vermendois et aultrez cas mendres, et en aulcunes peult estre qu'ilz usent de solennitez introduictes de volonté aultrez que en Vermendois, néantmoins au regard de la seignourie qui est tenuee et mouvant sans moyen du Roy à cause d'aulcunes des chastelleniez de Vermendois, au regard des drois seignouriaux, des manières, des vendages, transpors, dessaisines et saisines, on tiendra l'usaige et coustume de la seignourie et chastellenie dont tel fief est mouvant, nonobstant quelque coustume particulière qu'il y ait au lieu; car la coustume particulière du vassal et de sa seignourie ne riglera pas le seigneur souverain.

n. 72. *Item,* Et pareillement soit sceu en succession du quint pour les puisnez, se on avoit usé en aulcune seignourie tenue de Vermendois que, ès fiefz qui en seroient mouvans, les puisnefs en succession eussent accoustumé d'avoir et prendre ung quint à héritage, assçavoir se, au regard du fief principal de la seignourie, s'il en estoit question ou dict cas, se les puisnefs auroient

¹⁾ *Sic Ms.* Il vaut mieux lire: plus grans.

le quinct à vie ou à héritaige, et se telles seignouries se rigleroient ès dicts cas à la coustume des lieux et chastellenyes dont ce seroit mouvant et où elle se sortiroient, et rigleroient à la coustume dont ses hommes féodaulx auroient usé.

Response, Oudict cas, pour la seignourie principale, nonobstant ladicte coustume particulière et locale, on se riglera selonc la coustume de Vermendois et de la chastellerie dont ladicte seignourie est tenue et mouvant.

n. 73. *Item*, Et s'il y avoit aulcune seignourie tenue de Vermendois et sortissant en Vermendois, qui fust aulcunement assise et enclavée entre les pays d'Artoys, et qui eust esté gouvernée en justice ensamble avec aultre seignourie séant audict pays d'Artoys, et à ceste cause et aultrement à vendre aulcuns des fiefz mouvans de telle seignourie, le bailly et hommes à le vendre et acheter avoient gardé la solennité de jurer et monstrier la neccessité du vendeur et aultrez dessus déclairé, en entretenant la coustume dudict pays d'Artoys par sy longtemps que ce fust tenu pour coustume, c'est à sçavoir se la seignourie principale dont telz fiefz sont mouvans estoit vendue ou donnée, se pour recepvoir et bailler le don, vendaige, dessaisine et saisine, le bailly de Vermendois ou le commis en son lieu et les hommes de fiefz du Roy procéderoient sans telle solennité, en usant selonc la coustume de Vermendois, ou se pour telz usaiges et manier de procéder par le vassal le souverain seigneur mueroit son usage et coustume de sa seignourie et chastellnye qui seroit générale.

Response, Quelque manière d'usage que les officiers du vassal eussent ou ayent en saisine ou dessaisine d'aulcun fief mouvant dudict vassal, au regard de la seignourie principalement mouvant du Roy, à recepvoir dessaisines et bailler tenances et saisines, ou passer aulcuns contractz devant eulx, procéder selonc les coustumes et usaiges du pays de Vermendois, et meismement de la chastellnye dont telles seignouries seroient mouvans, sans eulx rigler à l'usage de Vermendois dont tel vassal auroit usé; et encores y auroit il moins de doubte se au regard de plusieurs de ses vassaulx ladicte coustume de Vermendois avoit esté gardée et observée; et a esté ce introduict aulcuneffoys par ce que on a laissé en gouvernement de justice aulcunes terres de Vermendois avec aultrez seignouries d'Artoys, que les juges jugans les

coustumes se rigloient pour ce de Vermendois comme en ce d'Artoys: et pareillement, quant on a laissé en gouvernement de justice aulcunes terres de France marchissans à l'Empire avec aultrez terres estans à l'Empire et en Vermendois ensamble tout par ung office, en vendaiges, dessaisines et saisines, gardoient les solennités et conjuremens de l'Empire, et pareillement le faisoient par ignorance en ce qu'ilz gouvernoient qui estoit en France; ce que le Roy en ce qui est tenu de luy ne feroit point.

n. 198. *Item*, Et comment et par quelle manière, après le trespas d'ung deffunct, plusieurs héritiers pevent et doivent venir à succession au regard des debtes deuez audict deffunct au jour de son trespas, et s'il conviendra en ce cas tenir la coustume des lieulx où les debtors sont demourans, ou du lieu dudict deffunct, ou du lieu où ledict deffunct au jour de son trespas avoit son vray domicile.

Par la coustume de Champagne, au regard des debtes, ès lieulx dont les debtors sont demourans en Champagne, et ez villes qui se riglent à ladicte Champagne, autant en emportera l'ung comme l'autre, et fumelles comme masles, et telles debtes sont reputees meubles.

n. 199. Par la coustume de Reims, en ce cas on auera regard au lieu où le deffunct avoit son vray domicile: et ce est assés fondez en raison; car, puisque debtes sont reputees meubles, et que meubles n'on pas propre situation, il convient avoir regard au corps, et par conséquent au lieu où il avoit son vray domicile; et où que les meubles soyent, sieuvent le corps; et par la coustume debtes mobiliars se partissent également entre filz et filles.

n. 200. *Item*, Et par la coustume de Laonnoys, au regard des debtes on auera regard au lieu du domicile du créateur; et par la coustume se partiront également entre filz et filles au regard des debtes estans en Laonnoys.

n. 201. *Item*, Par la coustume de Vermendois, les debtes mobiliars se partiront selonc la coustume du lieu où ledict deffunct avoit son vray domicile au jour de son trespas. Mais en tant qu'il touche les aultrez debtes qui ne sont point reputees mobiliars, elles appartiennent aux héritiers par la forme et manière cy dessus déclarée.

n. 202. *Item*, Est à sçavoir comment, après le trespas d'ung deffunct, les héritiers venront à succession au regard des biens meubles.

Response, Au pays de Laonnoys, Vermendois et Champagne, on doit avoir regard à la coustume du lieu du domicile, et que èsdicts pays de Laonnoys, Champagne et Vermendois, masles et filles succéderont également aux biens meubles.

n. 319. *Item*, Et pour ce que déclaré est cy dessus, a divers usaiges et coustumes ou pays de Vermendois, Laonnoys, Artoys, Boulennoys, Flandres et Haynault, au regard du doaire des vesves, de la maison pour leur demeure, du bail des enffans et appréhencion de meubles et debtes, se le deffunct mary de telle vesve avoit terres et seignouries en tous ledict pays au jour de son trespas, et sa demeure et son vray domicile en l'ung, et il aloit de vie à trespas en l'autre pays que en celluy où il auroit sa demeure, à sçavoir à quelle coustume on se deveroit et doit rigler pour bailler et donner à la vesve son droit, en gardant le droit de l'héritier.

Response, Au regard de l'appréhension de meubles et debtes, pour ce qu'ilz n'ont point proprement de situation comme dict est, il se fault rigler à la coustume du lieu où ledict deffunct avoit son vray domicile au jour de son trespas, comme dessus est déclaré.

n. 320. *Item*, En tant qu'il touche le doaire et maison, et qu'il regarde et touche le droit que la vesve demande en et sur les héritaiges, et aussy au regard du bail qui touche l'administration et gouvernement desdicts enffans et appréhencion des biens et prouffictz des héritaiges des mineurs au prouffict des baillisseurs, conviendrait avoir regard aux coustumes des lieux où lesdicts héritaiges seroient assis, par ce que ledict droit que pretient et maintient à avoir ladite vesve à cause de sondict bail touche *realiter* comme dict est: pour quoy le baillisseur et baillisseresse ne pevent avoir à cause dudict bail pareil droit èsdicts héritaiges desdicts mineurs en l'ung desdicts pays comme en l'autre, et n'en peut joyr fors sy avant que la coustume du pays le donne et permet; et ainsy se fault rigler à la coustume du lieu où sont lesdicts héritaiges assis, comme dict est.

BIJLAGE IV.

FRANSCHÉ CIVILISTEN.

JACOBUS DE RAVANIS.

a. (ad legem: si se subiiciant — D. 5. 1. 1.).

Ultimo tetigit hic Azo istam questionem et in multis aliis locis. Ego sum Parisiensis, tu es Aurelianensis, consentimus in episcopum Carnotensem, venimus coram iudice. In regione actoris est una consuetudo, in regione rei est alia et in loco iudicis est tertia. Modo queritur secundum quam consuetudinem iudicabitur? Dicit reus debet inspicere consuetudo fori mei argumento C. 3. 13. 2. Dicit actor, immo ex persona actoris ius metimur, D. 5. 4. 1. Dicit iudex, ego tenebo consuetudinem fori mei. Quid dicemus? Dicit Azo: considerata est consuetudo iudicis, argumento D. 4. 8. 21. 10. Jacobus respondit: aut queris de consuetudine que respicit litis ordinationem aut de consuetudine que respicit litis decisionem. Si primo modo, ut quia consuetudo est in uno foro quod detur libellus et in alio quod non et similia, in isto casu spectabitur consuetudo loci in quo est iudex, argumento D. 22. 5. 3. in fine. Si queritur de consuetudine que respicit litis decisionem, consideratur locus contractus argumento D. 21. 2. 6.

Sed quero a te: agitur ex delicto vel quasi contractu vel reivindicacione, quid dices in istis casibus? Quidam doctor querebat sic: ponamus, consuetudo est in Anglia quod pater possit testari aliter quam hic; habet quidam bona in Anglia et in Francia; facit testamentum secundum consuetudinem regionis illius. Deinde heres venit Parisius et dicit: ego sum heres, ecce testamentum. Dicitur ei: nichil est, non est factum secundum consuetudinem istius regionem, intestatus est., portetur in Anglia quia hic nichil valet. Secundum quam consuetudinem iudicabitur? Dicebat ille doctor: Respondeo per istam distinctionem, aut queritur de consuetudine que spectat ad litis decisionem et considerabitur locus contractus, aut de consuetudine que respicit litis ordinationem et considerabitur consuetudo iudicis. Quid ad propositum? testamen-

tum non est contractus nec testator faciendo testamentum contrahit, ergo nichil ad propositum. Si tu velles sequi Jacobum spectanda esset consuetudo loci in quo heres adivit hereditatem quia adeundo quasi contrahitur; unde ubi adivit quasi contraxit.

In questione ista dico sic. Aut queritur ubi agitur ex delicto vel contractu vel quasi contractu vel quasi delicto, et tunc consideratur locus contractus vel quasi vel delicti vel quasi, nisi forte in isto casu de adicione hereditatis quia degenerat, D. 5. 1. 26. Si agitur reali accione, spectabitur consuetudo loci in quo sunt possessores (lees: possessiones) quia possessio subicit adversarium in rem accioni sicut contractus. Et sic tenent laici. Et idem credo in testamento quod valeret de possessionibus Anglie et de possessionibus Francie non et probatur D. 5. 1. 24. 1. Et quod dictum est de delicto et de possessione deficit.

b. (ad legem: si arrogator — D. 1. 7. 22.)

Vidi questionem talem proponi. Quidam de Anglia fecit testamentum in civitate ista, et instituit hic heredem; vadit heres institutus in Angliam et facit ibi testamentum aperiri; dixit iudex Anglie: non est factum secundum consuetudinem patrie, non habebis bona defuncti que sunt hic, et si sit factum secundum consuetudinem patrie in qua decessit defunctus, vade et habeas bona que sunt ibi. Dico in ista questione quod bene allegat iudex et sic tu concludes quod defunctus decessit pro parte testatus pro parte intestatus. Et est ratio quod ius nostrum scriptum est uniforme, ideo non patitur hoc quod quis pro parte decedat testatus pro parte intestatus. Sed diversitas consuetudinum que diverse sunt in diversis locis facit difformitatem illam quod pro parte quis possit decedere testatus pro parte intestatus. Sic et hic diversitas patrum est causa istius diversitatis quod quis decedit pro parte intestatus cum duobus testamentis.

c. (ad autenticam, qua in provincia).

Sed queritur, ponamus quidam delinquit hic, transfert se ad alium locum. Numquid iudex eius loci potest eum citare ut revertatur ad locum delicti? Quidam dixerunt quod sic, si latitat; sed si non latitat et paratus est suscipere iudicium ubi est, convenietur ubi est. Sic intelligunt legem D. 48.2.7 in fine, autenticam ut

nulli iudic. § si vero. Dico quod pro eis est littera. Quare dicit alias, dicunt, „si latuerit”?. Dico hoc est iudaizare. Unde dico, sive latitat, sive non, remittendus est ad locum delicti quoquo modo absens. Sed queritur et de hoc fuit dissensio, ponamus quidam delinquit Parisius; iste se transfert ad civitatem istam, Aurelianensem scilicet. Iudex Parisiensis, ubi deliquit, mandat iudici huius loci quod remittat ei talem qui commisit tale delictum ibi, ligatum sub fida custodia. Dicit iudex huius loci: amice, iudex Parisiensis mandavit mihi quod tu commisisti ibi tale delictum propter quod ego volo te remittere ligatum ad locum. Dixit ille: ego nunquam commisi tale delictum, ego sum bonus homo et probior iudice Parisiensi, et certe dicit iudex huius loci, antequam ego remittam, ego cognascam de delicto. Numquid ergo cognoscet de delicto vel non cognito de delicto numquid remittet eum? Quidam dicunt quod iudex huius loci debet cognoscere de delicto et si invenerit eum deliquisse remitteret eum puniendum iudici in cuius territorio deliquit; dicunt enim eum remittendum puniendum, non ergo remittendus est conveniendus sed iam detur puniendus ubi deliquit ut in autentica ut nulli iudic. § si vero. Ad hoc est lex que dicit quod eulogia quandoque non fuerit bona fide sed malo animo ut D. 48.3.6. Ego dico quod immo remittendus est sine cause cognitione delicti. Unde verum est quod si iudex mandaret ei penam imponi, non esset ei credendum causa non cognita. Unde si iudex secularis remitteretur clericum degradandum episcopo ob aliquod maleficium, non videretur quod crederetur ei, sed cognosceretur ante utrum fedeliter esset processum. Sic intelligit forum C. de epis. et cler. autent. clericus. Item dic mihi, numquid potest ¹⁾ Parisius deliquisse et venit huc nec hic habet domicilium, unde non domicilium, unde non subiectus iudici huius loci — nec est iudex suus nec ratione domicilii nec delicti; unde si iudex huius loci procederet et cognosceret quicquid ageret nihil esset quia non esset suus iudex; unde quod ad eum spectet cognitio, nichil est dicere. Item lex dicit, quidem perpetravit hic delictum leve, Parisius autem perpetravit grave delictum. Ipse accedit hic. Iudex huius loci postquam cognoverit hic de delicto hic perpetrato remittet eum ad iudicem ubi commisit maius delictum; non enim

¹⁾ Hier is iets uitgevallen.

est suum cognoscere de gravi delicto cuius gracia petitur remitti ut D. 48. 2. 7. in fine. Unde ego miror quomodo homo tante auctoritatis potuit dicere contrarium. Sic ergo in delictis remittendus est ad locum delicti ¹⁾).

Sed numquid in contractibus remittendus est ad locum contractus? Quidam contraxit hic, vadit in patriam suam. Numquid officialis huius loci mandabit officiali territorii cuius subiectus est quod remittat eum hic? In ista questione triplex est opinio. Dicunt quidam quod est remittendus qui contraxit ad locum contractus. Probacio; hoc probatur D. 5. 1. 19. Ostendo quod contrahens non sit remittendus ad locum contractus; lex enim dicit quod si aliquis promiserit se soluturum certo loco et sic eo loco ubi promisit se soluturum videtur contraxisse et sic sortitur ibi forum gracia contractus, ille potest conveniri alio loco et est ratio, dicit lex, quia si non possit conveniri alio loco, iam esset in voluntate sua utrum vellet solvere quia nunquam accederet ad locum ubi promisit se soluturum. Ergo lex illa supponit quod non sit remittendus ut D. 12. 4. 1. Dicunt alii, distinguendo in contractibus: aut ille qui contraxit hic et se transtulit alibi aut transtulit se ad locum ubi non potest conveniri et tunc remittendus est ad locum contractus; si autem transtulit se ad locum domicilii et si potest conveniri aut latitat et tunc remittendus est ad locum contractus; si non latitat et paratus est respondere ubi est, non est remittendus et secundum istam distinctionem intelligitur ut ipsi dicunt D. 5. 1. 19. Credo quod contrahens remittendus est indistincte ad locum contractus, nam delicta et contractus quantum ad subiciendum aliquem foro non differunt ut D. 5. 1. 20. Unde in contractibus remittendus est sicut in delictis.

Quidam semel dicebat — et est magnus homo — alias; dicebat hic: si quis contraxit hic et transtulit se alibi, ego intelligo, dicit ipse, quod sit dissencio in hoc quod non possit vocari ut veniat hic ubi contraxit. Ego dico quod immo de hoc non est dubitacio;

¹⁾ Additio: Sententia domini Jacobi est alibi vero ut scilicet iste iudex semiplene cognoscat utrum delictum perpetravit et cum semiplene id constat remittat eum ad locum delicti; ille iudex plene cognoscat et puniat et dicit dominus P. Dives hanc veriore et eam tenet dominus [J.] in autentica. (Zie volgend citaat onder d.)

certum est quod potest conveniri, sed dissensio est utrum si citatus hic nollet venire, utrum reduceretur hic invitus. Intelligeretur hec dissensio D. 5. 1. 19. 1.

d. ad autenticam, de mandatis principum (N. 17).

Videtur velle hic quod primo cognoscat preses et postquam erit cognitum, remittat eos puniendos. Sed certe hoc non est verum. Bene fateor quod non debet eum capere sine aliqua cognitione summaria. Sed dico quod plana inquisitione que fit ordine iudiciario non cognoscat, immo remittet eum accusandum et puniendum ad urbem. Et hoc est notabile ad hoc quod si quis deliquit hic et fugiat Parisius, capietur ibi et remittetur ad villam istam quod intelligunt quidam postquam ibi fuerit cognitum, N. 134 c. 5. Sed hoc non est verum, immo remitteretur accusandus et condemnandus. Quomodo enim posset accusari Parisius, quia ratione contractus non, quia non contraxit; ratione delicti non, quia ibi non deliquit. Unde dico quod remittetur accusandus et sic intelligo N. 134 c. 5.

e. PETRUS DE BELLAPERTICA.

(Op I. 1. 2. de iure naturali n. 45—46).

Dico sic: cum quaeritur nunquid consuetudo laicorum liget clericos, refert aut consuetudo est in personam aut in rem: differentia enim tanta est quanta inter actionem in rem aut inter personam. Personalis actio est quae precipit aliquid dari vel fieri, ut I. 4. 6. 14. Actio vero in rem est quae petit aliquid declarari ut D. 6. 1. 23 et D. 6. 1. 35. 2. Consuetudo est in personam quae precipit aliquid dari ut consuetudo praecipit quod quis lapicidinas vendat. Consuetudo est in rem quae declarat quod primogenitus totum habeat. Dico si quaeras nunquid consuetudo laicorum liget clericos, aut consuetudo est in personam et tunc non ligat illos ut D. 36. 1. 13. 4, par in parem non habet imperium ergo etc. sed clerici sunt maiores quam laici ar. D. 36. 1. 13. 4, C. 1. 1. 2 ad finem, C. 2. 15. 2 ad finem. Similiter aut consuetudo est scripta in rem, non in personam et tunc aut scribitur in rem et queritur nunquid liget res clericorum quae erant ipsorum clericorum tempore quo consuetudo introducta fuit et dico quod non.

Laici faciunt consuetudinem quod rex duas minas bladi accipiat quolibet anno, vel quod duo claustra accipiat. Dico consuetudo ista clericos non ligat argumento legis allegatae. Aut queritur nunquid liget in rebus quae non erant clericorum tempore quo erat introducta consuetudo, sed erant laicorum et tunc dico quod clericos ligat arg. D. 8. 3. 23. 2. Et facit lex; mulier in civitate ista nata si contrahat matrimonium cum Parisiensi, ibi sortitur forum; si tamen res suae tunc erant hic, afficiuntur consuetudine huius loci: ergo idem erit in proposito ut C. 10. 64. 1.

LAMBERTUS DE SALINIS.

f. Distinctiones (C. 1. 1. 1.).

Si queratur, si fiat aliquod statutum in civitate ista, an advene ligentur hoc statuto qui per civitatem istam transitum faciunt et contra statutum committunt, distingue: Aut venire contra statutum est actus obligatorius circumscripto statuto et ligatur advena; aut non est delictum circumscripto statuto et non ligatur, ut statuitur ne quis deferat arma; deferre arma est delictum circumscripto statuto (in autentica de armis per totum colla. VI, infra de vi armata l. 1.) et isto statuto ligatur advena; sed si statueretur quod qui transiret pontem vel deferret gallinam per civitatem daret X, illud non est delictum circumscripto statuto nec ligatur advena. Racio est quia ubi venire contra statutum est delictum circumscripto statuto punitur quia delinquit contra legem et ratione delicti sortitur forum; sed ubi non est delictum circumscripto statuto, non punitur advena quia non delinquit contra legem et statutum non sufficit ad eum obligandum et dicunt quidam quod ubi committit contra statutum quod est delictum circumscripto statuto, punitur pena legis et non pena statuti. Dico falsum est, immo punitur pena statuti quia quilibet convenietur secundum legem et consuetudinem locorum ubi contrahit vel delinquit (D. 21, 26) et indicunt quidam legem C. 9. 19. 4; illa non facit.

In eodem titulo l. 1. Si queratur cuius loci consuetudo est attendenda, distingue, aut queritur de consuetudine que tendit ad litis decisionem, aut de ea que tendit ad litis ordinationem. Si de ea que tendit ad litis ordinationem., tunc inspicitur locus

ubi litigatur ut sum Parisiensis et convenio te Aurelianensem coram iudice Carnotensi, inspicitur locus iudicii D. 22. 5. 3. 6, ut in litis contestatione et huius. Aut queritur de ea que tendit ad litis decisionem, tunc inspicitur locus contractus, non autem locus actoris nec rei; ut ego de civitate Parisiensi vendidi tibi qui es Carnotensis hic, inspicitur locus iste (D. 21. 2. 6 D. 22. 1. 1.) Et hec vera sunt ubi agitur temporali accione de personali obligatione. Si consuetudo non sit contra personalem obligationem inducenda sed contra realem, tunc inspicitur locus ubi sita est res de qua conventus est (ut D. 50. 15. 4. 2, C. 10. 64. 1) Diceres tu que est consuetudo que tendit ad litis decisionem et que ad litis ordinationem, respondeo: ad litis ordinationem tendit que non querit de iure partis ut peto quod des libellum; non queritur an sis debitor nec ne; sed consuetudo per quam quis liberatur a debito vel efficitur debitor, ad litis decisionem.

g. additiones LAMBERTI op de lectura van PETRUS DE BELLAPERTICA; op C. 1. 1. 1. — additio ad: „pone aliquis extraneus aliigena extrahit cultellum”.

Querunt scripta quid e converso? Statutum est quod si aliquis deferat arma in regno isto quod incidit in certam penam. Pone aliquis de regno tulit arma extra regnum, infra tamen limites imperii. An incidat in penam? Dominus PETRUS alibi dixit quod sic quia facilius potest extendi rei qualitas quam de novo res introduci. Unde si rex preciperet aliquid quod non esset delictum circumscripto statuto, si hoc faceret extra regnum, non punireretur. Si autem esset delictum circumscripto statuto ut deferre arma (ut C. 11. 47. 1. et in aut. de armis in princ.) tunc certe punitur pena statuti et hoc est extendere qualitatem pene sicut alias (arg. D. 9. 4. 4. 3). LAMBERTUS dicit oppositum quia tantum delinquit contra legem et non contra statutum quia statutum non egreditur territorium statuentis (arg. D. 45. 1. 1. pupillus). Propterea contrarie decidi debet per consuetudinem et legem loci ubi contracta est obligacio. Cum ergo ubi deliquit, et ubi obligatus fuit, non erat talis pena sed pena legis, ergo etc (arg. D. 21. 2. 6). Sed contra istam sententiam videtur decretalis X 5. 39. c. 21. Si episcopus excommunicavit omnes facientes furtum, si advena furatur non punitur. Sed doctores INNOCENTIUS

et BERNARDUS ibi intelligunt puniri quod debent per legem ut ibi patet et hic in reportationibus.

Additio ad „debet consuetudo inspici loci ubi contraxerunt”:

Hoc verum ubi de personali iure queritur vel obligatione personali. Sed in reali inspicitur consuetudo que est in loco in quo res sita est ut patet infra in questione ultima.

BIJLAGE V.

FRANSCHÉ CANONISTEN.

a. ABBAS ANTIQUUS.

(Op c. cum venissent — X. 2. 15. 3. — super verbo: secundum jus et bonam terre consuetudinem.)

Consuetudinem, scilicet ubi res est litigiosa, infra de testa. Ranucius. Si vero esset personalis accio, esset servanda consuetudo loci ubi est celebratus contractus ut in nova constitutione de foro competente, Romana § contrahentes. Idem posset de delicto dici quia observatur consuetudo loci in quo est commissum delictum. Nam ratione delicti sortitur quis forum, C. ubi de crimine agi oportet, aut. qua in provincia. De hac materia notatur XII dist., illud quantitatem.

b. GUILLELMUS DE MONTE LAUDUNO.

(Op c. sepe contingit, § et quia — Cl. 5. 11. 2. — super verbo: usus longaevus.)

Nota, longaevum usum posse in causis allegari et hec sive talis usus tendit ad litem ordinandam ut hic sive ad litem decidendam ut supra de eo qui mittitur in possessionem, cum venissent, et hoc dumtamen sit rationabilis, alias non ut ibidem et supra de sententia et re judicata, cum causa. Et si tendat ad litem ordinandam, respicietur locus ubi causa ducitur, ut ff. de testibus l. III; sed si ad litem decidendam et actus sit realis, respicietur consuetudo illius loci ubi res est ut in c. cum venissent; si vero est personalis, ubi est contractus initus ut supra de foro competente Romana § contrahentes li. VI^o., si criminaliter ubi est commissum delictum, supra de foro competenti postulasti, et c. licet XII di. illud, ubi de hoc. Et sic petetur dos vel donacio juxta consuetudinem loci ubi est contractum matrimonium, licet contrahentes vel alter eorum sint aliunde quia licet circa substantialia matrimonii non valeat consuetudo ut supra de spo. c. 1., de spon.

duorum c. fin., tamen valet circa accidentalialia ut supra de donatione inter virum et uxorem c. donatio.

Sed quid erit in testamentis? Pone quod consuetudo est Tholose quod valeat testamentum cum duobus testibus fide dignis, sed in Castella non sufficiunt de consuetudine nisi (sint) VII; in Navarra vero quod non valeat testamentum nisi fiat in presencia episcopi vel officialis sui, que consuetudo non est in aliis locis. Nunc quidam scholaris castellanus, habens bona in Castella, Navarra et Tholosa condit testamentum Tholose cum duobus testibus juxta consuetudinem Tholose. Nunquid illud testamentum sufficiet quoad alia bona? Videtur quod sic, quia ubi est dominus ibi omnia bona dicuntur esse, cum bona dominum sequantur, supra de vita et honestate clericorum c. fi., de immunitate ecclesiarum c. non minus. Credo quod illa consuetudo Castelle que tendit ad ordinationem testamenti — et sic contractus — dumtaxat trahatur ad istam consuetudinem Tholose et sic valet testamentum Tholose factum, etsi cum duobus solis testibus factum, nedum de bonis Tholose, immo etiam de bonis Castelle ex quo contractus Tholose factus est, scilicet testamentum. Sed quia consuetudo Navarre non concernit ordinationem contractus, immo potius afficit rem super qua seu de qua contractus fit, illa omnino considerata et observanda est ex quo substantialia tangit sicut dictum est de matrimonio supra. Et ideo quantum ad illa bona Navarre testamentum non valebat per jura predicta.

c. HENRICUS BOUHC.

(Op c. cum venissent X. 2. 15. 3).

Hic habes quod longaevus usus sive longa consuetudo potest in judiciis allegari. Et hoc est verum, sive tendat ad litem ordinandam ut extra de ver. sign. c. sepe contingit § et quia in Cle., sive decidendam ut hic et hoc verum dummodo sit rationabilis et legitime prescripta, alias non ut hic. Et gratia hujus, si queras cuius loci consuetudo debeat inspicere vel attendi (et intellige de consuetudine rationabili, alias non valet, ut supra de consuetudine c. ulti. et sic non obstat infra de fidejussor. c. constitutus) distingue, aut consuetudo tendit ad litem ordinandam et tunc consuetudo illius loci ubi causa ducitur et tractatur debet inspicere et attendi ut ff. de testi. l. 3 in fine et C. de epi. et cleri. l. cum clericis,

ad finem ubi est casus. Aut consuetudo tendit ad litem decidendam et tunc refert. Aut consuetudo est realis et voco consuetudinem realem quae respicit certum territorium seu res certi territorii et quae est insita, inhaerens et affixa certo territorio et rebus ipsius et tunc inspicitur consuetudo illius loci ubi est res ut hic, quando dicit bonam terrae consuetudinem etc. et infra de jurejur. c. venientes et de testa. c. Raynutius, ff. de censi. l. forma et C. de mu. et in quo loco mu. sex. co. l. unica, lib. 10.

Verbi gratia: in diocesi Parisiensi ita est de consuetudine approbata quod alter conjugum non potest alteri donare nec etiam ambo possunt sibi invicem donare nec inter vivos nec in ultima voluntate nisi donatio sit mutua, hoc est quod ille qui supervixerit bona mobilia et conquestus teneat vita comite et fructus exitus suos exinde faciat. Unde talis consuetudo inspicit bona in diocesi Parisiensi constituta. Pro hoc facit optime ff. de tut. et cura. da. ab. iis l. pupillo et de administratione tute. l. Titium § tutor et l. sine herede § Lucius C. de edif. pri. l. an in totum. Cum enim tractetur de onere rei, inspiciendus est locus ubi res est sita, arg. C. de praed. et omni re navi. l. 3 et ult. lib. 11. Aut consuetudo est personalis et voco consuetudinem personalem, quando respicit personas et non territorium et per quam jus nascitur ex contractu, et tunc consuetudo loci ubi initus est contractus debet inspicere ut supra de integr. resti. c. constitutus, infra de foro competenti c. Romana § contrahentes lib. 6, ff. de evic. l. si fundus et de usur. l. 1 et de reg. jur. l. semper in stipulationibus.

Aut consuetudo est criminalis et voco consuetudinem criminalem, quando tendit ad crimina punienda vel non punienda et per quam jus nascitur seu nasci impeditur ex delicto, et tunc consuetudo loci ubi est delictum commissum debet inspicere ut C. ubi cri. agere oportet in auth. qua in provincia et in auth. ut omnes obed. judi. provin. § 1 colla. 5, ff. de extraord. cri. l. saecularii § sunt quedam et C. de noxa. act. l. 2, supra de foro compet. c. licet et c. postulasti et 12 dist. c. illud, ubi de hoc per Joan. et Archidiaconus. Et istam distinctionem approbat Abbas hic et Guillelmus de Monte Lauduno in c. alleg. sepe contingit § et quia, super verbo usus longevus in Cle. et Jacobus de Arena et Cynus C. quae sit longa consuetudo l. 1 et de ista materia vide quod notatur per Innocentium supra de consuetudinibus in rubrica et per Hostiensem in

c. 1 et in Speculo tit. de sentent. prola. § qualiter circa princi. et plenius per eum ti. de feriis § 1 ver. sed pone. Per jura superioris allegata dicunt Jac. de Ra. et Petrus de Bellapertica et Cynus in dicta lege 1. C. de sum. trin., quod si consuetudo est in Anglia quod major natu omnia bona habeat, in Francia vero est consuetudo quod aequaliter succedunt filii et habens bona utrobique decedit, primogenitus habebit omnia bona Angliae; in bonis vero Franciae omnes filii aequaliter succedent per l. pupillo ff. de tut. et cur. da. ab. iis. Item si consuetudo sit in Anglia quod post mortem viri uxor habeat dimidiam bonorum ejus, in Francia vero consuetudo est quod nihil habet, si habens bona utrobique decedit uxor ejus de bonis Anglie habebit medietatem seu mediam partem, de bonis vero Francie nihil.

Et praemissa intellige fore vera tam in iudice ordinario quam delegato et tam in iudice causae principalis quam in iudice causae appellationis, inter quos modica vel nulla est differentia quantum ad observationem consuetudinis quod dic, ut plene notat Compostella supra de consuetudine in rubrica et Joannes Andreae post eum, cujus Compostellae glossa approbat Archidiaconus in d. c. illud, dicens quod continet plenam veritatem.

BOEKAANKONDIGINGEN

Nieuwe Leerboeken van Romeinsch recht.

Terwijl in den laatsten tijd opnieuw de plaats, welke het Romeinsche recht inneemt in de opleiding der juristen, niet in ons land alleen, aan scherpe critiek wordt onderworpen, ja gezaghebbende stemmen raden het Pandectenrecht af te voeren van het programma van het rechtsgeleerd onderwijs voor allen, is nochtans geen spoor waar te nemen van verflauwing der belangstelling voor de bij uitstek eerwaardige juristenstudie, die zoovele eeuwen in zoovele landen de volle aandacht heeft gehad. De zuiver historische beoefening van dat wellicht beste, in elk geval duurzaamst gebleken, voortbrengsel van Romeinsche beschaving behoeft ook van nieuwe onderwijsplannen geen bedreiging te duchten. Verwacht zou kunnen worden, dat de lust tot het schrijven van nieuwe leerboeken moest gaan lijden onder het mogelijke vooruitzicht te schrijven voor kleineren kring. Het tegendeel is waar. Het is alsof het juristenvernunft zich bij voorkeur verlustigt in de weelde, telkens weer de oude bouwstoffen tot nieuwe bouwwerken te ordenen. Want dit is wel zeer teeknend in die reeks van nieuwe leerboeken, die sedert de laatste vier jaren het licht hebben gezien, dat zij voor het meerendeel niet het bestaande naschrijven, doch overzichten zoeken te scheppen naar eigen inzicht en opvatting. Uit die nieuwgeboren Romanistische literatuur worde hier een en ander medegedeeld.

I.

Niet nieuwgeboren, doch herboren is het boek van ED. CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris 1917. Het werk is herboren uit zich zelf. Doordrongen van de noodzakelijkheid, de Romeinsche rechtsinstellingen te plaatsen in het kader

der Romeinsche samenleving, welke zij geroepen waren in de bedding van het rechtens geoorloofde te leiden — „les institutions juridiques des Romains envisagés dans leurs rapports avec l'état social” —, overtuigd, dat alleen beoefening op dezen grondslag van het recht der Romeinsche oudheid de algemeene vorming brengen kan, welke men van haar verwachten mag (zie bl. XXVI van het eerste deel), trok deze diep oorspronkelijke en durvende geest de gevolgtrekking en stelde het welbekende handboek in twee deelen samen, waarin het oude recht en het klassiek-Byzantijnsche recht afzonderlijke behandeling vonden. De gevolgtrekking scheen te kras geweest. En het eertijds tweeledige werk verschijnt nu in één deel, de stof niet meer in tijdperken ingedeeld, maar versmolten tot een geheel, hechter dan te voren verbonden door één historischen draad, die voert van den oudsten tijd tot op het groote Byzantijnsche rustpunt toe.

Het wil ook mij voorkomen, dat de schrijver met de omwerking goed werk heeft verricht. Het boek heeft gewonnen in overzichtelijkheid, in onderlingen samenhang van de immers maatschappelijk ééne stof. Tintelend van oorspronkelijkheid, nam het te voren reeds eene eereplaats in onder het beste dat over het Romeinsche recht, als geheel behandeld, was geschreven. Het is nu bij uitstek bruikbaar geworden voor de studie van bijzonderbelangstellenden en meergevorderden, wier oog voldoende critisch heeft leeren onderscheiden om het soms gewaagde, maar altijd verantwoorde, dat het ernstig-eigene wel moet kenmerken, met zelfstandigen blik te bezien.

Terwijl CUQ de synchronistische methode opgaf voor de chronologische, is zeer onlangs, wel niet in Frankrijk, maar toch in een der Fransschrijvende landen eene nieuwe handleiding verschenen, welke weer de voorkeur geeft aan de groepeerings der stof naar tijdvakken, van de hand van den Brusselschen hoogleeraar G. CORNIL. De titel luidt: *Droit romain*, met dezen ondertitel: *Aperçu historique sommaire ad usum cupidae legum juventutis*, Bruxelles 1921 ¹⁾.

¹⁾ Het is eigenaardig en wellicht weinig bekend, dat ook vroeger, onder denzelfden hoofdtitel, een boek van een gelijknamigen Brusselschen hoogleeraar is verschenen: J. CORNIL, *Droit romain*, Bruxelles 1885.

Bij eene synchronistisch opgezette behandeling komt veel aan op de historische indeeling. CORNIL nu heeft eene eigen indeeling beproefd. Hij geeft haar zonder pretentie van volstrekte juistheid, wel wetend, dat aan elke indeeling, ook aan deze, de zijne, bezwaren verbonden zijn. Onderscheiden worden drie tijdvakken: het eerste, van den aanvang der Romeinsche samenleving tot omstreeks 350 vóór Christus' geboorte, het tijdvak van het nationale recht; het tweede, van genoemd eindpunt tot omstreeks 300, het tijdvak van het klassieke recht; het derde, van 300 tot den dood van JUSTINIANUS, het tijdvak van het Byzantijnsche recht. Geheel bevredigen kan mij deze indeeling niet. Het doet weinig ter zake, dat hier de uitdrukking „Klassieke periode” in eene andere, veel ruimere beteekenis wordt gebezigd dan gewoonlijk geschiedt. Zoo te doen is des schrijvers recht, te meer daar hij zijne opvatting rechtvaardigt (bl. 5). Er is zelfs alle reden, het tijdperk van de rechtscheppende werkzaamheid van de oude juristen en bovenal van het praetorische edict, hetwelk, uit een oogpunt van rechtsvorming, waarlijk klassiek is, d. i. een hoogtepunt beteekent, mede te begrijpen in den bloeitijd van het Romeinsche recht, naast de eeuw, die gemeenlijk klassiek genoemd wordt, dit echter alleen is uit een oogpunt van rechtswetenschap.

Mijn bedenking is van anderen aard. De opvolging: nationale periode — klassieke periode — Byzantijnsche periode berust niet op eene gelijksoortige grondgedachte. Wanneer het recht van een bepaald tijdvak nationaal of Byzantijnsch genoemd wordt, wordt daarmee dat recht zelf gekarakteriseerd, wordt omtrent den inhoud van dat recht iets medegedeeld en wel iets dat scherp teekend is. Niet zoo echter, wanneer men een ander tijdperk het klassieke noemt. Daarmede wordt alleen eene waardeering uitgesproken, eene eigenschap aangegeven, doch niets omtrent de karakteriseering van den rechtsinhoud geleerd.

De diepere en inderdaad mooie gedachte van CORNIL's indeeling is deze, dat telkens, ten gevolge van staat- en krijgskundige gebeurtenissen, zich heeft voltrokken „une transformation profonde des conditions de la vie sociale”, zoodat de drie tijdperken beantwoorden aan drie samenlevingsvormen in de Romeinsche maatschappij. Maar de vraag is gewettigd: heeft de overgang van den oudsten op den nieuweren tijd zich wel voltrokken omstreeks 350

vóór Christus' geboorte, toen de onderwerping van Italië nog niet was voltooid en de oorlogen met de Samnieten en de Senones nog moesten worden gevoerd?

Is niet de geweldige toevloed van vreemdelingen, als onmiddellijk en middellijk gevolg van den tweeden Punischen oorlog, van veel grootere beteekenis geweest voor het aspect der Romeinsche samenleving dan wat er gebeurd is in de helft der vierde eeuw? Ook wat betreft den overgang van de tweede, tot de derde, meer Oostersch getinte, periode, kan des schrijvers voorstelling mij niet overtuigen. Over het tijdperk van verwarring, dat volgt op de SEVERI, kan verschillend worden gedacht, ofschoon ieder zal moeten toegeven, dat het in geen enkel opzicht nog als klassiek kan worden beschouwd. Maar wanneer men het eigene van de laatste eeuwen van het Rijk zoekt in de verplaatsing van het Rijkscentrum van het Westen naar het Oosten, met al de gevolgen van dien, ook voor het recht, dan kan de regeering van DIOCLETIANUS niet nog tot het zuiver Romeinsche tijdperk worden gerekend. Heeft immers niet DIOCLETIANUS, die, na de bestuurlijke verdeeling van het Rijk in twee helften en vier kwarten, toch ontegenzeggelijk de hoofdleider is gebleven, zijn zetel reeds naar Nicomedië verplaatst?

Wat er zij van de juistheid en de waarde van het historisch kader, waarin CORNIL zijne Romeinsche rechtsgeschiedenis plaatst, zooveel is zeker, dat dit nieuwste leerboek weer eens heeft getoond, dat de synchronistische methode van behandeling niet voor goed heeft afgedaan en dat het mogelijk blijft, ook op haren grondslag eene degelijke en voor ieder zeer bruikbare bewerking van de Romeinsche rechtsstof te geven. Op den persoon van den bewerker komt alles aan, zoozeer dat zelfs de methode tot bijzaak wordt. Het boek is geschreven in een toon van groote degelijkheid, die wordt verkregen doordat de schrijver uitsluitend steunt op de gegevens der Romeinsche Oudheid zelf. Slechts bij zeer hooge uitzondering (zie bl. 14) wordt de naam van een modern schrijver in den tekst gebracht. Noten kent het boek in het geheel niet. Elke polemiek met nieuweren is vermeden. Alleen de Romeinen zijn aan het woord en achter hen gaat de schrijver vaak schuil. Het is alsof doorlopend de rechtsteksten spreken en daarnaast de schrijver alleen om het in de teksten opgeslotene

te verhelderen en te schikken. Zoo is het boek gehouden in den soberen toon, die aan de Romeinsche juristenatmosfeer herinnert, zonder dat ooit een poging wordt gedaan om den stijl te smukken of de voorstelling te verlevendigen. Maar in dien toon klinkt eene noot onafgebroken overheerschend door, de noot van klaarheid en juistheid, die alleen het onmiddellijk putten uit de rechtsbronnen zelf in eene historische rechtsschets brengen kan.

Na deze kenschetsing van CORNIL's werk is het niet onnoodig op te merken, dat de schrijver in zijne opvattingen omtrent algemeene rechtsproblemen volstrekt niet is blijven staan op het soms achterlijk standpunt der Romeinsche Oudheid. Zoo doet het aan als een aangename gewaarwording van moderne frischheid in een boek over antieke stof, wanneer de schrijver de leer der bronnen van het recht inleidt met eene overweging als deze, die de vrucht is van modern inzicht: „La source des règles de droit se trouve à vrai dire dans la vie sociale elle-même.... Cependant.... l'habitude s'est formée d'attribuer, à ces organes enregistreurs des normes juridiques, un rôle proprement créateur, et de considérer ces organes sociaux comme des sources du droit, alors qu'en réalité ils se bornent à formuler plus ou moins habilement les règles de droit que leur imposent les conditions muables de la vie sociale" (bl. 12).

II.

Een boek van zeer ongewonen snit is uit Amerika gekomen, van de hand van den hoogleeraar aan de Yale-University CH. PH. SHERMAN, *Roman Law in the modern world*, Boston 1917. Het omvat drie deelen, waarvan de twee eerste, hoezeer in onderlingen samenhang, elk een afzonderlijke stof behandelen, terwijl het derde (*Guides*) uitsluitend bestaat uit eene overvloedige aanwijzing van rechts- en wetsteksten, benevens eene zeer uitvoerige vermelding van literatuur over de in de beide andere behandelde onderwerpen.

Het tweede deel (*Manual*) geeft een in leerboek-trant geschreven overzicht van het Romeinsche privaats- en publiekrecht, waaraan over het algemeen het Justiniaansche recht ten grondslag wordt gelegd, waarbij echter op vele punten de historische ont-

wikkeling wordt geschetst en vele historische bijzonderheden worden vermeld. Het staatsrecht en het strafrecht worden alleen in de groote grondtrekken geteekend. Het privaatrecht vindt meer uitgebreide behandeling. Eigenaardig is daarbij in de eerste plaats de indeeling der stof, in hoofdzaak opgezet naar de volgorde van den Franschen *Code civil*, waarvan slechts om redenen van noodzakelijkheid wordt afgeweken. Eigenaardiger nog is de behandelingsmethode zelve, in zooverre, menigmaal in den tekst, bovenal en doorlopend in de noten, het Romeinsche recht vergeleken wordt met modern, Amerikaansch, Engelsch, Fransch, Spaansch en ander recht en onafgebroken wordt verwezen naar overeenkomstige of door het Romeinsche voorbeeld geïnspireerde regelingen van wetgevingen uit de oude en nieuwe wereld. De noten zijn bezaaid met verwijzingen naar de wetboeken van Frankrijk en Spanje, Italië en Duitschland, Chili en Argentinië, Quebec en Louisiana, benevens vele andere.

Dat op deze wijze in een kort bestek veel stof tot rechtsvergelijking wordt te zamen gebracht, die verspreid ligt over een terrein, dat voor velen onoverzienlijk, voor ieder moeilijk overzienbaar is, zal door belangstellenden op hoogen prijs worden gesteld. Maar tegelijk is het duidelijk, dat die winst niet kan worden verkregen dan ten koste van de zuiverheid van het Romeinsche rechtsbeeld. Door het Romeinsche recht van Prof. SHERMAN zijn veelkleurige moderne draden heengeweven, die aan het geheel een ietwat vreemden aanblik geven. Toch ligt aan die voorstelling een wel-overwogen gedachte ten grondslag. De schrijver neemt het feit waar, dat een zeer aanzienlijk deel der aarde wordt geregeerd door rechtsstelsels, die door de receptie van het Romeinsche recht zijn gegroeid en die nog altijd leven van de Romeinsche beginselen. Zoo ziet hij het Romeinsche element als „the predominating element in all modern law” (I bl. 15) en zoo aanvaardt hij het bestaan van een Romeinsch wereldrecht, dat nog heden ten dage geldt in het overgroote deel der blanke wereld en ook daarbuiten. Het is duidelijk, dat een zóó gedacht Romeinsch recht op vele stukken niet meer zuiver-Romeinsch is en tal van bonte bijmengselen vertoont, overigens natuurlijk ook vertoonen mag. De vraag is dan alleen of men nog in ernst van Romeinsch recht spreken mag.

Op den grondslag dier opvatting berust ook de opzet van het eerste deel (*History*), ongetwijfeld het belangrijkste. Het bestaat uit twee hoofddeelen, waarvan het eerste de geschiedenis schetst van de lotgevallen van het Romeinsche recht. Eerst een korte voorgeschiedenis van hetgeen in de Oostersche landen der vroegere Oudheid tot de voorbereiding der Romeinsche rechtsvorming heeft medegewerkt. Dan een goed geordend overzicht van de omstandigheden, waaronder de rechtsinstellingen zich te Rome en later in de Romeinsch-Byzantijnsche omgeving hebben ontwikkeld. Ten slotte een degelijk samenvattend verhaal van hetgeen het Romeinsche recht als post-Justiniaansche recht in het Byzantijnsche rijk nog heeft beleefd. Het ontbreekt bij dat alles niet aan belangwekkende beschouwingen. Met name noem ik de bladzijden, welke zijn gewijd aan den invloed, dien het Romeinsche recht heeft geoefend op het Christendom (§§ 116—119) en aan die andere werking, die omgekeerd, van het Christendom is uitgegaan op het recht (§§ 144—153), bovenal de uitvoerige behandeling van de rechtsscholen in Rome en in het rijk (§§ 154—165), waarin omtrent dezer inrichting, omtrent het studieprogram en studentenleven der Oudheid aardige bijzonderheden worden bij elkander gebracht, die men vergeefs elders zoeken zal.

Eéne bedenking wil ik opperen tegen den opzet van dit goed bewerkte stuk uitwendige rechtsgeschiedenis: hare indeeling in hoofdtijdperken. De schrijver doet haar berusten op de welbekende tegenstelling: stadrecht (*local city law*) — wereldrecht (*world law*). Maar die tegenstelling wordt door Prof. SHERMAN op eenigszins zonderlinge wijze belichaamd, wanneer hij het jaar 89 vóór Christus' geboorte aanwijst als het jaar, waarin het oude stadium wordt afgesloten en het nieuwe ingeleid. Wat er gebeurd is in 89, na de gelukkige beëindiging van den bondgenootenoorlog, en wat uiting heeft gevonden in de *lex Plautia Papiria*, heeft in het ontwikkelingsproces, waarvan hier sprake is, slechts de beteekenis van een episode. Toen is de pacificatie van Italië voor goed voltrokken en, als gevolg van dien, de gewilde vorming van den Italiaanschen eenheidskring — althans aan deze zijde van de Po — voltooid, het Italiaansche éénheidsbewustzijn uitgegroeid. De *civitas*, te voren omvattend de Stad en wat zich daaromheen gegroepeerd had, was uitgezet tot Italië, daarmee

was het Romeinsche recht van stadsrecht tot Italisch landrecht geworden. Dat wil zeggen: in de groote ontwikkeling van stadrecht tot wereldrecht is een rustpunt bereikt. Meer echter niet. Want te voren gold, eenerzijds, het Romeinsche civiele recht reeds voor de vele bevoorrechte bewoners van Italië, en daarna bleef het, anderzijds, ook voor de vele peregrini in Rome en in Italië gesloten. De fout van den gemaakten opzet schuilt hierin, dat daarbij alleen gelet wordt op het *ius civile*, terwijl wordt over het hoofd gezien, dat daarnaast een heel nieuw recht aan het groeien was, het *ius gentium*, hetwelk door het in 89 voorgevallene in zijne ontwikkeling niet werd geraakt en in zijn groei ook niet door de *lex Plautia Papiria* werd bevestigd. Zijne lotgevallen zijn — privaatrechtelijk wel te verstaan — veel belangrijker dan de lotgevallen van het *ius civile*. In 89 stond voor alle Cispadanen het *ius civile* open, maar geen burger van Rome of daarbuiten kon het *ius gentium* ontberen, en dat *ius gentium* was in 89 nog in volle vorming.

Dit verschil van inzicht doet niets af aan de waardeering van de goede hoedanigheden van Prof. SHERMAN'S overzicht van de Romeinsche rechtsgeschiedenis. Toch schuilt de hoofdwaaide van het werk niet daarin, doch in de tweede helft van het eerste deel, gewijd aan wat de schrijver noemt: het Romeinsche recht van JUSTINIANUS tot op heden. Daarin worden soms uitvoerige, soms beknopte overzichten gegeven van het verloop der uitwendige rechtsgeschiedenis in al die landen, welke instellingen onder Romeinschrechtelijken invloed staan. En dat is, naar des schrijvers voorstelling, het geval in een groot deel der wereld, bijna een milliard menschen omsluitend, landen als Abyssinië, Egypte, Mohammedaansch Indië, de Balkanstaten niet uitgezonderd. Gelijk zij voor ons ligt, is de verhandeling eene zeer bruikbare geworden, die heel wat stof inhoudt, welke ons verre van gemeenzaam is, met name betreffende Rusland, Italië, Spanje, Engeland. Wij zijn daarvoor den schrijver zeer dankbaar, al moet dadelijk worden erkend, dat in het bonte vele, dat hier als zoogenaamde nageschiedenis van het Romeinsche recht is bij elkander gebracht, de aanknoopingspunten met het Romeinsche recht dikwijls geheel zijn zoek geraakt.

Het eerste deel eindigt met een krachtig pleidooi voor de

codificatie van het privaatrecht voor de Vereenigde Staten, zeer belangwekkend voor wien het vraagstuk der codificatie ter harte gaat, doch waarin opnieuw het verband met het Romeinsche recht alleen op gewrongen wijze kon worden aangebracht. De schrijver ziet dat verband hierin, dat alle codificatie van Rome, of liever van Byzantium, komt, in zooverre dat JUSTINIANUS aan de wereld het codificeeren zou hebben geleerd, alle verwezenlijkte codificaties moeten worden beschouwd als „republications . . of Justinian's monumental codification of Roman law” (II, bl. 5. Ook I, bl. 9 en, in het bijzonder voor ons land, I, bl. 257), zoodat ook voor de toekomst de codificatie voor de landen, welke hare weldaad nog niet deelachtig zijn geworden, van de beoefening van het Romeinsche recht moet worden verwacht (I, bl. 2, 17, 175).

Wie aan de geschiedenis van de codificatiebeweging en van het codificatieverlangen in onze Westersche landen de aandacht heeft besteed, weet hoe weinig invloed op de verwezenlijking van de groote wetgeving is uitgegaan van de Justiniaansche suggestie, hoe schromelijk overdreven mitsdien des schrijvers voorstelling is op het genoemde punt. Die overdrijving spruit voort uit de hooggespannen verwachting, welke de schrijver koestert van de veelzijdige uitnemendheid van het Romeinsche recht, welke verwachting tusschenbeiden overslaat tot het welhaast vermetelee vertrouwen, dat alleen matelooze, soms kinderlijke bewondering wekken kan. (Men leze vooral het inleidend hoofdstuk). Al moge die bewondering somwijlen te ver voeren wat voorstelling en gevolgtrekking aangaat, aan haar ontleent nochtans het boek eene zeer bijzondere bekoring, welke uitstraalt van de groote liefde voor de behandelde stof.

Engeland zelf prijkt in dit overzicht niet met een boek, dat voor het eerst is opgezet, doch met een nieuw deel van een werk, dat sedert lang in wording was. Reeds in 1906 was het eerste stuk verschenen van E. C. CLARK, *History of roman private law*. Met de behandeling der rechtsbronnen hield het zich bezig. Een aantal vragen van algemeene rechtswetenschap, waartoe de Romeinsche stof aanleiding geeft, werden daarna onder de eigenaardige Engelsche benaming „jurisprudence” in twee volgende

deelen bij elkander gebracht. Het lag in des schrijvers bedoeling, de uitvoerige schets van de eigenlijke geschiedenis van het privaatrecht, naar tijdvakken bewerkt, te doen slagen. In 1909 is CLARK aan Cambridge en aan de Romanistische wetenschap ontvallen. Zijn levenswerk blijft nu onvoltooid. Maar spoedig na zijn dood kon nog één deel, in hoofdzaak door hem zelf bezorgd, het vierde van de reeks, worden in het licht gegeven. Het is gewijd aan het recht van den koningstijd (*Regal period*, Cambridge, 1919).

Wie van het Romeinsche recht van den koningstijd, waarom-trent wij zoo weinige stellige aanwijzingen bezitten, waarvoor schier alle gegevens middellijk afgeleide gegevens zijn, veelal vrucht van hypothese, wie van dat oudste recht poogt te geven een samenvattend en in bijzonderheden uitgewerkt beeld, moet van zelf zijne toevlucht nemen tot de vergelijking van vroeg-Romeinsche toestanden met die van andere primitieve volken, in de hoop, dat hetgeen bekend is bij de eene volksgroep aanvullen kan wat men bij de andere vermoeden kan. Zoo doet nu, op zijne beurt, ook weer CLARK. Die ethnologische vergelijkende methode heeft onschatbare diensten bewezen aan de rechtswetenschap, aan hare voorstelling van vroegere en niet minder om haar inzicht in hedendaagsche rechtsverschijnselen. Maar hare soms te gemakkelijk, ja lichtvaardig generaliseerende neiging om het waargenomene over te brengen van het eene terrein naar het andere, heeft bij menig rechtshistoricus eene zekere schuwheid gewekt, die bij sommigen tot afschrik is geworden. Bij CLARK is van afschrik geen sprake. Hij verlustigt zich integendeel in het gedurig nagaan van belangwekkende analogieën, waarop de rechts-ethnologen hebben gewezen, en zelf spoort hij die analogieën op. Maar nooit laat hij zich verleiden door de verlokkenende gelijkenis tot haastige toepassing op het vroeg-Romeinsche milieu van hetgeen elders, in een overeenkomstig milieu, is waargenomen. CLARK staat tegenover de rechtsethnologie zonder eenigen schroom, maar met veel omzichtigheid, telkens opnieuw voor Rome onderzoekend wat voor Rome wordt opgezet.

Wat ons bekend is van de inrichting der Indische dorpsgemeenschap, met haren raad van ouden, moge voor Rome een spoor tot onderzoek aanwijzen, het vermag ons niets met eenige

zekerheid te leeren noch omtrent het gekozen karakter van den Romeinschen senaat (bl. 296), noch omtrent de Romeinsche in gentielverband opgetrokken samenleving (bl. 255 en 269). Evenmin als Angelsaksische of Germaansche adelspositie licht kan verspreiden over de bevoorrechte plaats van den Romeinschen patriciërsstand (bl. 256), evenmin als het gildenwezen der Middeleeuwen ons aanwijzing vermag te verstrekken betreffende de organisatie van de plebs in Rome (bl. 257), evenmin als de vergaderingen des volks, welke men bij vele stammen in de Arische wereld heeft waargenomen, zonder dat nader bewijs geleverd wordt, geacht kunnen worden hare weerspiegeling te vinden in de *comitia curiata* (bl. 356—359), met name niet wat betreft dezer militaire taak (bl. 359). Toch is ook deze voorzichtige rechtsethnoloog aan het gevaar der methode niet geheel ontsnapt. Zoo: wanneer de schrijver de stelling verdedigt, dat het oorspronkelijke koningschap niet staat boven het recht, integendeel zelf aan de — natuurlijk weinig voorkomende — bewuste rechtsordering is onderworpen, dan kan hij, ter adstructie van het gevoerde betoog, de vergelijking met andere primitieve volken, Angelsaksen, Hebraeërs, Grieken niet ontberen (bl. 389 e.v.). Zoo wordt ook, ter versterking van het inzicht in de taak van den rechter-koning en de rol der meervoudige rechters bij de rechtspraak, de parallelie met de oude Saksische koningen (bl. 424), voor de bewering omtrent den bijstand des volks bij de uitoefening der rechtspraak de overeenkomst met eene dergelijke volksverrichting bij de Israëlieten en de Germaansche stammen niet versmaad (bl. 425).

Zoo wordt het rechtsethnologische hulpmiddel doorlopend benut tot nadere toelichting en verduidelijking van hetgeen in het oude Rome wordt waargenomen, soms ook aangewend tot verkrijging zelve van het oud-Romeinsche beeld. Daarnaast stelt eene veelomvattende eruditie den schrijver andere hulpmiddelen ten dienste, bovenal de nauwkeurige critische ontleding van gegevens der latere historie, niet het minst ook aanwijzingen aan den godsdienst en aan de taal ontleend. Zoo gelukt het den schrijver eene schets te ontwerpen van de samenleving der stammen in *familiae* en *gentes*, tot *curiae* vereenigd, onder haar zelfbesturend volksorgaan, onder het oppergezag van haren koning, die wordt bijgestaan door

den raad der ouden. Veel is daarbij — dat spreekt van zelf — aan voorgangers ontleend, wier gevolgtrekkingen echter altijd in hare waarde worden onderzocht. Veel ook is den schrijver, geheel of tot op zekere hoogte, eigen. Van dit laatste vermeld ik: de identificeering van de patriciërs met de *Tities*, van de plebeiers met de *Ramnes* (appendix to § 6 en bl. 273); de voorstelling dat individueel eigendom van den eersten aanvang af heeft bestaan (bl. 275); de ontkenning van alle scheiding tusschen publiek- en privaatrecht (bl. 277); het betoog omtrent de plaatselijke betekenis van de *curia* (bl. 307 e. v.), welke in het ontworpen beeld sterk op den voorgrond treedt; de wederopvatting van de na NIEBUHR verlaten meening, dat de *comitia curiata* alleen patriciërs samenriepen (bl. 363); de uitwerking van de — overigens niet geheel oorspronkelijke — gedachte, dat het oude staatsgezag — uitgeoefend in het *curiae*-verband (bl. 403) — wordt gedragen door de trits: *tribunus* (het militair gezag), *pontifex* (rechterlijk gezag), *rex* (besturend gezag) (§§ 12—15), in samenhang ook met de drie oude stammen (bl. 402); de verdediging van de ook reeds vroeger geopperde zienswijze, die de rechterlijke taak van den *pontifex* ziet in de bemiddeling tusschen goden en menschen tot verzoening van den door de wandaad opgewekten toorn der godheid door het afdwingen der uitboeting (§ 13); de voorstelling van de ontwikkeling van het latere, souvereine koningschap uit het priesterschap en het veldheerschap, zóó dat het koningschap de twee andere machten (de militaire en de rechterlijke) in zich opneemt en degenen, die te voren met de zelfstandige waarneming dier machten waren belast, wel voortbestaan als *tribunus* en *pontifex*, doch aan den koning ondergeschikt zijn geworden (vooral bl. 431 en 457); de bewering omtrent den samenhang van de Serviaansche indeeling des volks in klassen met de van ouds bestaande indeeling in *curiae* (vooral bl. 512—513).

III.

Voor de Duitschschrijvende landen — en daaronder is ditmaal alleen Duitschland zelf te verstaan — zijn te vermelden een voortgezet en een nieuw opgezet werk.

Van het verdienstelijke boek van KNIEP, dat over GAIUS zegt

te schrijven, feitelijk echter GAIUS' *Commentaren* maakt tot midelpunt van een diepgaand onderzoek over het recht van de tweede eeuw, bezien in het licht van vroeger en later, van F. KNIEP's *Gai institutiones* is het vijfde deel verschenen, Jena 1917. Het brengt den tekst van *commentarius tertius* §§ 88—225 en zet met noesten vlijt de sedert 1911 ondernomen studie voort, in denzelfden effen, vlakken toon der vorige deelen, die het werk meer doen gelijken op eene onafzienbare aaneenrijging van noten dan op een overzicht uit één stuk. Zóó schreef KNIEP vroeger ook, tot tweemaal toe, over bezit. Maar die opeenhooping van soms weinig samenhangende bijzonderheden brengt een schat van belangrijk materiaal, moeilijk te overzien, doch kostbaar voor wien den moed heeft de lange wandeling door het boek te volbrengen.

Waar bespreking van het werk in zijn geheel hier misplaatst zou zijn, het nieuwe deel echter alleen een vervolg is op het vroeger uitgegevene, moge met deze vermelding worden volstaan.

Nieuw opgezet is een boek van C. CROME, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Bonn 1920. De titel wijst er reeds op, dat een soort van tegenhanger bedoeld werd tot het welbekende en zeer gewaardeerde leerboek, dat deze Bonnsche hoogleeraar over het Duitsche privaatrecht heeft bewerkt.

Was het noodig, eene dergelijke handleiding te schrijven? Er bestaan zóó vele Duitsche leerboeken, van allerlei gading, van Romeinsch recht, dat de schrijver wel gevoeld heeft, dat deze nieuweling aan eene zekere rechtvaardiging van zijn bestaan behoefte had. Natuurlijk zal het niet Pandectenrecht worden in den na de invoering van het B. G. B. verouderden trant. Dat zou in 1920 misplaatst zijn. Maar het zal ook niet worden eene historische behandeling van het zuivere Romeinsche recht. Daaraan is geen behoefte. Er bestaat eene andere behoefte: het is van beteekenis, te weten „wie die Institute sich von der justinianischen Kompilation bis zu uns fortgebildet haben“. Daarom moet er een boek zijn, dat uitgaat van de Justiniaansche wetgeving — het *Corpus juris*, zegt CROME — „und danach den weiteren Entwicklungsgang der einzelnen Institute bestimmt, so dass der

Jünger der Rechtswissenschaft den Geist spürt, der von hier zu den heutigen Quellen führt". Dat klinkt als eene heerlijke belofte. Ongelukkigerwijze wordt daarvan zoo goed als niets vervuld. Dadelijk trekt de schrijver al terug: „Trotzdem konnte nicht der Schwerpunkt auf die nachrömische Entwicklung gelegt". (De aanhalingen zijn uit de voorrede.) En zoo wordt het weer eene simpele „Darstellung des römischen Rechts" (bl. 23) en wel een zeer beknopt en zonder relief geschreven Institutenboekje. Als zoodanig vertoont het geenerlei bijzondere eigenschappen.

Toch heeft ook dit boekje nog zijn eigen nut. Wel niet heel veel, lang niet zooveel als de aanhef der voorrede scheen te beloven, maar toch wel iets is er overgebleven van den aanvankelijk bedoelden opzet. Op tal van belangrijke punten wordt namelijk, in tegenstelling tot het Romeinsche recht, een zeer beknopt overzicht gegeven, met kleinere letter, van de latere Deutsche rechtsontwikkeling. Zoo worden o.m. bedacht, in het zakenrecht: het eigendomsbegrip (bl. 43), de bezitsbescherming (bl. 56—57), de gezamende hand (bl. 61 en 317), de overdracht van roerend goed (bl. 65—66), de gedeelde eigendom (bl. 98), de leenrechtelijke verhoudingen (bl. 99 en 100); in het verbintenissenrecht het renteverbod en de practijk der renteheffing (bl. 143), de consensueele contractsgedachte (bl. 173—175), de invloed van bedrog, dwang en dwaling (bl. 83), cessie, schuldoverneming en novatie (bl. 197 en 213—214), de vertegenwoordiging (bl. 221); in het personen- en familierecht de rechtspersoon (bl. 230—231), de ouderlijke macht (bl. 240—241), de adoptie (bl. 244), het kerkelijk huwelijksrecht (bl. 251), het huwelijksgoederenrecht (bl. 258), de voogdij (bl. 271—272); in het erfrecht het erfgenaamschap (bl. 282), de testamentvormen (bl. 293), de legitieme portie (bl. 304), de aanwas (bl. 320). Daar worden dan telkens de meest in het oog springende verschilpunten tusschen het Romeinsche en het Deutsche recht, ter eerste kennismaking naar voren gebracht en, voor dieper vergelijkend onderzoek, althans de eerste uitgangspunten aangewezen.

Het procesrecht ontbreekt aan het boek geheel. Dat op zich zelf bewijst reeds, dat de schrijver niet scherp Romeinschrechtelijk is ingedacht.

IV.

Alleen omdat het misschien voor de hand ligt, van zijn eigen land het laatst te spreken, wordt tot slot de aandacht gevraagd voor hetgeen Nederland in den jongsten tijd heeft voortgebracht. Alleen daarom tot slot. Want noch in de orde des tijds, noch in de orde der belangrijkheid zouden achteraan komen de twee boeken, welke de Amsterdamsche hoogleeraar Mr. I. HENRI HIJMANS in het licht heeft gegeven, elk afzonderlijk, maar zoozeer doortrokken van denzelfden geest wat betreft grondopvatting, methode van behandeling en beginsel van uitwerking, dat zij, als tweelingen op elkander gelijkend, als tweelingen te zamen behooren. Van de tweelingboeken is het oudere genaamd *Romeinsch Zakenrecht*, Zwolle 1917, het jongere *Romeinsch Verbintenissenrecht*, Zwolle 1918.

In des schrijvers grondopvatting treden eenige punten sterk naar voren. Van den ijveraar voor het „recht der werkelijkheid” was te verwachten, dat hij ook het recht der oude Romeinen zou bezien uitsluitend in zijnen samenhang met de Romeinsche maatschappelijke verschijnselen. De dwingende normen stellen de menschen op ter beveiliging van hunne belangen in het gewoel der samenleving tegen botsing met en bedreiging door de belangen van anderen. De samenleving alleen brengt de botsing en bedreiging, en hare eischen alleen bepalen de dwingende gedragslijnen van de menschen tegenover elkander, bepalen het recht. Daarmede wordt het standpunt der sociologische school volmondig gehuldigd. Bij die beginselverklaring blijft het niet. Bovenal in het *Zakenrecht* wordt eene krachtige uitwerking van het beginsel ondernomen. Eigendom en bezit, de twee zakenrechtelijke verschijnselen, die in belangrijkheid alle andere overtreffen, ja alle andere hebben beheerscht, worden in hunnen oorsprong, in hunne latere ontwikkeling, in hunne uitbeelding ook op tal van bijzondere punten verklaard in samenhang met agrarische toestanden in het oude en jongere Rome. Daardoor krijgt het *Zakenrecht* een scherp geteekend karakter van oorspronkelijkheid, waardoor de behandelde stof zich onderscheidt van de behandeling in eenig ander leerboek.

Met HIJMANS' grondopvatting, nu niet wat betreft het recht in

het algemeen, maar wat betreft het nut van het Romeinsche recht voor de opleiding onzer juristen, hangt ook samen de beperking van het bewerkingsveld tot het vermogensrecht, terwijl de schrijver verklaart, van de uiteenzetting van de overige stof willens, ik zou haast zeggen principiëel, af te zien. Alleen die deelen van het Romeinsche recht worden besproken, welke voor de kennis van het tegenwoordige recht bij uitstek van belang zijn. Dat beteekent in den grond der zaak: het Romeinsche recht moet, althans aan de velen, worden onderwezen alleen omdat zooveel daarvan nog voortleeft in onze huidige rechtsinstellingen en omdat Romeinsch-rechtelijke invloeden of ook invloeden, die in het Romeinsche recht hun uitgangspunt vinden, het hedendaagsche recht op zoovele stukken onmiddellijk en middellijk hebben geleid. In uiterste gevolgtrekking voert dit standpunt tot de beperking van hetgeen den leerlingen moet worden voorgezet tot het vermogensrecht. Die gevolgtrekking beaam ik volkomen. Maar wie niet op het aangegeven standpunt staat, wie integendeel meent van de rechtshistorie de beste juridische propaedeuse te mogen verwachten en, in dezen gedachtengang, zich daarom tot Rome wendt, omdat Rome, bij veelkleurige, ook maatschappelijke, verscheidenheid, ons het mooiste en meest afgeronde brok rechtsgeschiedenis biedt, sterk door zijn eenheid en samenhang boven de afwisseling van vele eeuwen uit, wie op dit andere standpunt staat, kan niet anders dan des schrijvers, overigens zeer geëerbiedigd, besluit betreuren.

Vooraf ter wille van eene met veel kleur door den schrijver neergeschreven uitlating ga ik in op een derde punt, dat met des schrijvers grondopvatting schijnt in verband te staan. HIJMANS stelt het namelijk zóó voor, alsof zijne nieuwe boeken ook zijn welbekend denkbeeld dienen moeten, dat het Romeinsche recht in de opleiding moet worden verplaatst van den aanvang der studie naar later. En inderdaad heeft deze opvatting de uitwerking eenigszins beïnvloed. Daarover straks. Toch wil het mij voorkomen, dat de boeken niet veel van hunne gedaante te danken hebben aan de gedachte, die een der grondslagen is geworden van des schrijvers volijverige bemoeiingen met de opleiding onzer juristen, en ik verheug mij er over, dat zij in elk geval niets van hunne bruikbaarheid inboeten voor wien daarover anders denkt. Wellicht

mag in dit verband, tegenover het gezag van den schrijver, juist van wege dat niet betwiste gezag, met eenigen nadruk worden uitgesproken, dat het noch alleen „slechte vrienden van het Romeinsche recht”, noch ook „in den regel ter zake geheel onkundigen” zijn, die de beoefening van het Romeinsche recht in het eerste stadium der juridische opleiding willen handhaven. De waardeschatting van vriendschapshoedanigheid laat ik, als een zaak van waardeering, in het midden. Maar zoowel ter wille van het stelsel van studierichting, hetwelk de schrijver wraakt, waaraan echter anderen hun vertrouwen schenken, als ter wille van de feitelijke juistheid der voorstelling omtrent het deskundigheidsgehalte van de zeer velen, die, hier en elders, blijven gelooven aan de propaedeutische kracht van het Romeinsche recht, moet des schrijvers uitspraak als overdreven worden teruggewezen.

Ik kom tot de methode van behandeling. Zeer in het oog springend is daarbij dadelijk deze opzet, steeds te beginnen met het bijzondere en van daaruit op te klimmen tot het algemeene. In het *Zakenrecht* worden eerst de bijzondere rechtsinstellingen behandeld: eigendom, bezit, erfpacht, opstal, de bijzondere erfdienstbaarheden — daarna eerst erfdienstbaarheden in het algemeen —, persoonlijke dienstbaarheden, de bijzondere pandvormen — daarna eerst pandrecht in het algemeen — en, na dit alles, volgt eene slotbeschouwing over zakelijke rechten in het algemeen. Het *Verbintenissenrecht* biedt nog veel ruimere gelegenheid, partij te trekken van die methode. Eerst krijgen alle overeenkomsten afzonderlijke beschrijving, dan eerst hetgeen de overeenkomsten, alle, rechtens gemeen hebben; eerst de verbintenissen uit delict, elke op zich zelf, daarna de algemeene, heel het delictenrecht beheerschende verschijnselen; eerst de verschillende verbintenissen uit *variae figurae*, dan de verbintenissen „uit andere rechtsfeiten” in het algemeen. Uit de nu tot drie groepen vereenigde verbintenissen wordt ten slotte afgeleid hetgeen alle samen koppelt tot het eenheidsbegrip „verbintenis”. Voor het onderwijs is deze schikking der stof, ik wil niet zeggen de eenig bruikbare — want vele geslachten vóór ons hebben onafgebroken de andere gebruikt en ook nu nog is deze veel in zwang — maar zonder twijfel de zeer beslist betere. Zij biedt het onmiskenbare voordeel, met het meer eenvoudige, het gemakkelijker waarneembare

te beginnen en bovendien deze belangrijke winst, dat het meer ingewikkelde algemeene in het voorafgaande krachtige steunpunten voor het begrijpen, ja daarin den grondslag van zijn inhoud vindt. Het is eene van de groote verdiensten van HIJMANS' werk, met de daad te hebben getoond, dat die rangschikking der stof, consekwenter volgehouden dan in eenig mij bekend handboek, ook voor het geschrevene leerboek een uitnemenden opzet geven kan.

De door HIJMANS gevolgde methode van behandeling vertoont een ander sterk uitgesproken trek. Ik bedoel den trek, waarop hierboven, bij de bespreking van het boek van CORNIL, ook de aandacht werd gevestigd. Niet dat HIJMANS op dit stuk van CORNIL heeft geleerd, want zijn werk was al eenige jaren voltooid, toen het Belgische leerboek verscheen. Maar de overeenstemming bestaat. Ook HIJMANS put alles rechtstreeks uit de bronnen, elke voorstelling, elke bewering steunt op de Romeinsche teksten zelf en op die teksten alleen. In dien geest past het weer, dat ook hier elk beroep op, zelfs elke verwijzing naar — behoudens dan ééne uitzondering, zie *Zakenrecht*, bl. 30 — Romanistische literatuur is uitgesloten, dat ook hier elke rechtstreeksche polemiek is geweerd. Alle lof, die hierboven op dit stuk aan het werk van CORNIL is toebedacht, komt ook toe aan het werk van HIJMANS. En toch is er, bij alle overeenstemming tusschen de twee hier vergeleken leerboeken, dit groote verschil: HIJMANS gaat niet, als schrijver, achter de teksten schuil, zijne persoonlijkheid drukt, integendeel, telkens den stempel op het ontworpen beeld, verleent daaraan den eindvorm, groepeerde soms hetgeen de teksten leeren tot een eigen geheel. Wel zijn onafgebroken de teksten aan het woord en de teksten alleen, maar de gedachte van den schrijver leidt de teksten ¹⁾. En zoo gebeurt het ook, dat, hoezeer twist-geschrijf vermeden wordt, voor den ingewijde toch menigmaal

¹⁾ Vooral in het *Zakenrecht*. Wil men voorbeelden, men leze o. m. door: de ontwikkeling en de gedaante van eigendom van roerend en onroerend goed in het algemeen (bl. 1—2), de opvatting van de *centuria* (bl. 6), de beteekenis van het recht op den *modus*, plaats makend voor het recht op den *locus* (bl. 8), het van de *res mancipi* ontworpen beeld (bl. 11), de voorstelling van den eigendom der vreemdelingen (bl. 12), de late voltooiing van de ontwikkeling van den individueelen eigendom (bl. 18 v.v.), de verklaring van het bezitsverschijnsel (bl. 27 v.v.), het bezitscriterium (bl. 30).

iets wordt ontkend of bevestigd, juist omdat het door anderen is bevestigd of ontkend, en vragen worden aangeroerd, niet omdat zij van zelf rijzen, maar omdat zij hangende zijn in de Romanistische literatuur ¹⁾. Een enkele maal zelfs, doch niet dan bij hooge uitzondering, doet de polemieek hare intrede met open vizier ²⁾. Zoo wordt de methode, die de teksten beluistert, tot methode, die de teksten het spreken afdwingt. Zij geeft blijk van geestelijken durf en moge dan soms de conclusie een eenigszins gewaagd karakter vertoonen, die prijs voor alle stoutmoedigheid wordt gaarne betaald.

Ten slotte nog een enkel woord over de beginselen, welke den schrijver bij de uitwerking hebben geleid. Mede in verband met de voorop gestelde gedachte, dat het Romeinsche recht eerst in een later stadium van de juridische opleiding zijne plaats moet vinden, dat derhalve een leerboek van Romeinsch recht van zelf een leerboek wordt voor meergevorderden, zijn de boeken van HIJMANS zoo geschreven, dat voorkennis van de stof wordt voorondersteld. Voor de eigen leerlingen van den schrijver is het daaruit voortspruitende bezwaar gemakkelijk te ondervangen door het volgen van des schrijvers colleges. Voor anderen beteekent dit echter, dat aan de bestudering van HIJMANS' leerboeken eene algemeene oriëntteering over de stof moet voorafgaan, welke moet worden ontleend aan werken van minderen omvang. Dat brengt de opzet van de boeken mede. Elk oogenblik komt overigens die opzet tot zijn recht. Natuurlijk is die opzet des schrijvers recht. Maar de bruikbaarheid van het werk voor alle juridische studenten in Nederland wordt daarmee aanzienlijk verminderd. Het is eene nieuwe hulde, die ik aan het werk breng, dat ik zulks betreurt.

¹⁾ Weer vooral in het *Zakenrecht*. Voorbeelden: de voorstelling van het oude roerend vermogen, *familia pecuniaria* (bl. 2—3), het wegdoezelen van de tegenstelling *possidere* en *in possessione esse* (bl. 35), het gezegde omtrent de verhouding van *corpus* en *animus* in het bezit (bl. 38—39), de ontkenning van de functie van het *int. uti possidetis* en van het *int. utrobi* de partijrollen te regelen in het eigendomsproces (bl. 109 en 111), de verhouding van *fiducia* en *pignus* tot elkander (bl. 166), het wegedeneeren van de tegenstelling persoonlijk en zakelijk recht (bl. 190).

²⁾ Voorbeelden: *Zakenrecht*, bl. 20; *Verbintenissenrecht*, bl. 133—134, noot.

Aan het slot van deze bespreking komt een samenvattend eindoordeel onnoodig voor. Uit het voorgaande blijkt voldoende, hoe hoog ik de verdiensten van HIJMANS' werk, daarin bovenal het eigene en persoonlijke, aansla. Het doet daarbij niet ter zake, dat ik op tal van bijzondere punten met den schrijver van meening verschil. Met omzichtigheid heb ik vermeden daarvan te gewagen, niet begeerend te vervallen in de aanmatigende dwaasheid van den criticus, die den besproken schrijver afwijking van eigen zienswijze of voorstelling als fouten aanwrijft.

Eén gevoel is overheerschend tegenover het werk van HIJMANS: de groote Nederlandsche rechtsliteratuur is met eene belangrijke bijdrage verrijkt.

De leerboeken van HIJMANS zijn op den voet gevolgd door eene bewerking voor Nederland van een der beste Italiaansche leerboeken, de *Instituzioni* van den Romeinschen hoogleeraar P. BONFANTE, verdietscht door Mr. J. HAMBURGER A. DZN., *Grondbeginselen van het Romeinsche recht*, Groningen 1919. Het voordeel van deze bewerking zie ik niet zoozeer hierin, dat onzen studenten een nieuw en goed beknopt overzicht van het Romeinsche recht wordt geboden in hunne eigen taal. De behoefte daaraan werd niet scherp gevoeld, waar immers uitnemende Fransche en Duitsche overzichten in aller handen zijn. Véeleer hierin, dat belangstellenden, studenten en anderen, nu gemakkelijk kennis kunnen nemen van een Italiaansch leerboek van Romeinsch recht, en dat zij daarin aanwijzingen zullen vinden omtrent de nieuwere, vaak zeer belangrijke Italiaansche Romanistische literatuur.

J. VAN KAN.

H. KANTOROWICZ, *Einführung in die Textkritik. Systematische Darstellung der textkritischen Grundsätze für Philologen und Juristen*. Mit 3 Stammtafeln (Leipzig, Dieterich'sche Verlagsbuchhandlung, 1921).

Hij, die het bovenstaande kleine werkje (het telt slechts 60 bladzijden) oppervlakkig inziет, zal het wellicht spoedig uit de hand leggen als een product van Duitsche omslachtige geleerd-

heid. Ten onrechte echter, want onder al dien geleerden apparatus verbergt zich eene reeks schijnbaar allereenvoudigste voorschriften, die men bij het uitgeven van handschriften, in het bijzonder van rechtshistorische handschriften, heeft in acht te nemen. Het is jammer, dat de schrijver die voorschriften, die hij voor zich zelf geformuleerd heeft in verband met zijne uitgave van het traktaat van ALBERTUS GANDINUS *De malificiis*, niet heeft losgemaakt van hunne wordingsgeschiedenis: de lectuur zou dan aangenaamer en het betoog, meen ik, helderder zijn geweest.

Maar de voorschriften zelf zijn voortreffelijk, juist omdat zij zoo eenvoudig schijnen, hetgeen niet anders wil zeggen, dan dat zij logisch voortvloeien uit het beginsel, dat men bij het uitgeven van een handschrift trachten moet, den oorspronkelijken tekst zoo juist mogelijk weer te geven. De schrijver bespreekt drieërlei criteria: het eerste is ontleend aan de geschiedenis: het sluit lezingen uit, die in strijd zijn met het spraakgebruik, met de politieke of religieuze opvattingen van den schrijver, zijne periode of zijne omgeving; een ander criterium noemt hij het psychologische, dat eene verklaring tracht te geven van verschrijvingen en correcties van latere afschrijvers. Maar het belangrijkste middel om den juisten tekst te herstellen is het vaststellen van de onderlinge verhouding der verschillende handschriften om vandaar tot den oorspronkelijken tekst op te klimmen; bij den schrijver heet dat „der überlieferungs-geschichtliche Massstab.” Het eerste vereischte is dus een stamboom van de verschillende handschriften op te stellen. En dan komt de schrijver tot het vaststellen van een vijftal regels, waarvan ik de vier eerste, omdat ik vind, dat elke uitgever van historische teksten die regels behoort in acht te nemen, hier verhaal:

1. De waarschijnlijkheid, dat eene lezing echt (d.w.z. conform het oorspronkelijke) is, vermindert met het getal handschriften, die tusschen het afschrift, waarin de lezing voorkomt, en het oorspronkelijke handschrift in liggen, d.w.z. niet de lezing van het oudste afschrift verdient het meeste vertrouwen, maar die van dat afschrift, dat, ofschoon wellicht jonger, meer onmiddellijk op het oorspronkelijke teruggaat.

2. De waarschijnlijkheid, dat een verloren handschrift eene bepaalde lezing heeft gehad, wordt grooter, naarmate het getal af-

schriften, die de lezing hebben, toeneemt, voor zooverre de afschriften onafhankelijk van elkander zijn.

3. Als verschillende afschriften van eene zelfde familie in eene lezing overeenstemmen, dan bewijst dat de echtheid dier lezing niet — immers andere families derzelfde klasse¹⁾ kunnen eene betere lezing hebben — maar de afwijkende lezingen in andere afschriften derzelfde familie zijn vermoedelijk onecht.

4. Zoo afschriften van verschillende klassen in eene lezing overeenstemmen, dan is die lezing vermoedelijk echt, en zijn dus de andere lezingen onecht.

Tusschen de regels vindt men allerlei opmerkingen verspreid, die voor den uitgever van oude handschriften van belang zijn. Zoo wijst de schrijver er b.v. op, dat men aan den tekst der rubriceeringen niet veel waarde hechten mag, omdat de rubricator alleen voor dit werk gekozen werd, op grond dat hij ervaren was in het schoone schrift, terwijl hij dikwijls den tekst niet verstond.

Ik meen, dat het bovenstaande voldoende is om te doen zien, dat hij, die zich met het uitgeven van historische-juridische teksten bezig houdt, goed zal doen het werkje van KANTOROWICZ te raadplegen, zonder zich door den min of meer omslachtigen vorm er van te laten afschrikken.

R. FRUIN.

¹⁾ De schrijver vereenigt de verwante handschriften tot families en de families weder tot klassen.

KLEINE MEDEDEELINGEN

De Leidsche faculteit der rechtsgeleerdheid heeft de volgende mededeeling verspreid:

Mr. S. J. VISSER, rechterlijk ambtenaar in de Koloniën en overleden in 1919, heeft zijn vermogen vermaakt aan de Leidsche Universiteit onder voorwaarde, dat de rente zoude worden aangewend om de studie van het Volkenrecht en het Internationaal Privaatrecht te bevorderen. Te dien einde zal met name om de drie jaren eene som van minstens f 5.000,— besteed moeten worden voor het uitschrijven eener internationale prijsvraag.

Als eerste onderwerp eener prijsvraag vraagt de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Leiden thans: *een volledig overzicht van de internationale Verdragen van de Republiek der Vereenigde Provinciën (1579—1795).*

De antwoorden zullen moeten behandelen het tot stand komen (sluiting, bekrachtiging, uitwisseling der bekrachtigingsoorkonden enz.), het rechtskarakter en de rechtskracht dezer Nederlandsche tractaten; zij moeten bovendien een systematisch overzicht geven van den inhoud dier verdragen, waarvan eene lijst is te vinden in den *Index Chronologicus* van A. KLUIT, Leiden 1789, en in de *Table Générale* van H. A. VAN DIJK, Utrecht 1855. De antwoorden moeten, in het fransch of nederlandsch getikt, vóór 1 Juli 1923 in handen zijn van den Decaan der Faculteit der Rechtsgeleerdheid; het manuscript moet een motto dragen, te herhalen op een bij het manuscript gevoegde verzegelde enveloppe, die den naam en het adres van den schrijver zal inhouden.

Aan de antwoorden, die naar het oordeel van de Faculteit daarvoor in aanmerking komen, zullen prijzen worden toegekend tot een bedrag van f 5.000,—.

Na deze toekenning zal de Decaan in eene faculteitsvergadering de met de bekroonde antwoorden overeenkomende verzegelde enveloppen openen en zal hij den toegekenden prijs ter kennis van den schrijver brengen; de andere enveloppen zullen staande de vergadering verbrand worden.

Terwijl ik ingevolge eene beslissing van onze Faculteit het bovenstaande te Uwer kennis breng, zoude ik het zeer op prijs stellen, zoo U op de wijze, die U het doelmatigst voorkomt de aandacht op de onderhavige internationale prijsvraag zoudt willen vestigen.

*De ab-actis der Faculteit der Rechtsgeleerdheid
te Leiden*

V. EYSINGA.

Dr. J. M. HOOGVLIET, privaats-docent in de Skandinavische talen aan de Universiteit te Utrecht, schrijft ons:

Haro uit het Oud-Noorsch verklaard.

Met belangstelling vond ik in dit tijdschrift het artikel van Mr. VAN SLOOTEN. Aangezien de Heer v. SL., na een zeer verdienstelijke rechtskundige inleiding van het onderwerp, zich op zeer speciaal taalkundig gebied begeeft, komt het mij voor dat een enkel woord van een vakman, al zal dit woord in een rechtskundig tijdschrift niet anders dan zeer kort mogen uitvallen, zoowel aan redactie als lezers welkom moet zijn.

Welnu, als specialist in Skandinavische talen spreek ik mijn meening uit, dat de afleiding door den Heer v. SL. gegeven, uit een taalkundig en vooral uit een psychologisch opzicht, beslist moet worden afgewezen. Een *mogelijke*, ofschoon niet *zekere*, afleiding is volgens mij die uit het Oud-Noorsche há-ró(g), beteekenis, „*hoog-aanklacht*”, d.w.z. aanklacht van *bijzonder groot belang*, waarvoor op een gegeven oogenblik *alle overige kwestien moeten wijken*.

De Fransche uitdrukking *crier haro (sur)* wordt in *alle* tijdperken der Fransche letterkunde gebruikt in een beteekenis die *volkomen* aan deze afleiding beantwoordt.

Nieuwe Uitgaven.

- VIKTOR ERNST, *Mittelfreie. Ein Beitrag zur schwäbischen Standesgeschichte*. Stuttgart, W. Kohlhammer, 1920. — 119 bl.
- CLAUDIUS FRH. VON SCHWERIN, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*. Berlin und Leipzig, Vereinigung wissensch. Verleger, 1919. — 341 bl.
- HANS FEHR, *Deutsche Rechtsgeschichte*. Berlin und Leipzig, Vereinigung wissensch. Verleger, 1921. — 392 bl.
- W. F. DE WAAL, *De ambachtsheerlijkheid en de grondheerlijkheid Charlois*. Amsterdam, A. H. Kruyt, 1921 (Proefschrift Leiden). — 81 bl., XX bl. bijlagen.
- G. M. COHEN TERVAERT, *De Grietman Rudolf de Mepsche. Historisch-juridische beschouwingen over een reeks crimineele processen, gevoerd in 1731 in den rechtstoel Oosterdeel-Langewold*. 's-Gravenhage, Mouton & Co., 1921 (Proefschrift Leiden). — 137 bl., XIX bl. bijlagen.
- C. VAN VOLLENHOVEN, *Het Adatrecht van Madagaskar*. Amsterdam, J. Müller (Mededeelingen Kon. Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, 1920). — 19 bl.
- D. JOSEPHUS JITTA, *De koopovereenkomst in het Internationale recht*. Amsterdam, J. Müller (Mededeelingen Kon. Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, 1920). — 20 bl.
- J. ZEYLEMAKER JNZ., *Overeenkomst en wilsovereenstemming*. Geleen, Erkens-Franssen, 1921 (Proefschrift Leiden). — 263 bl.

L. J. VAN APELDOORN, *Ontbindende en samenbindende krachten in het Friesche rechtsleven der Middeleeuwen*, Leeuwarden, Meijer & Schaafsma, 1921 (Inaug. rede Amsterdam). — 41 bl.

Het boek van ERNST is te beschouwen als een nieuwe behandeling van het vraagstuk in 1916 door hem ter sprake gebracht (zie deel I van dit Tijdschrift, bl. 259 v.). Het is, nitnemend gedocumenteerd en overtuigend geschreven, naar onze meening als een aanwinst der rechtshistorische literatuur te beschouwen. De kern van zijn opvatting is deze, dat de ministeriales gegroeid zijn uit de ridders, en dat niet de ridderstand ontstond uit den kring der ministerialen.

In een verzameling „*Grundrisse der Rechtswissenschaft*” verscheen een historische behandeling van het privaatrecht van de bekwame hand van CLAUDIUS VON SCHWERIN, en een Duitsche rechtsgeschiedenis van FEHR. Wij hopen op deze boeken van beteekenis later uitvoeriger terug te komen.

Het proefschrift van ZEYLEMAKER is een uitvoerige historische behandeling van het beginsel „*nudus consensus obligat*”, dat in zijn groei en ontwikkeling wordt nagegaan.

v. K.

ÉTUDES SUR LA GABELLE, DU SEL AVANT LE XVII^E SIÈCLE EN FRANCE

PAR

ED. MEYNIAL.

L'institution de la gabelle, c'est à dire l'organisation de l'impôt sur le sel en France a fait l'objet de nombreuses études ¹⁾. Mais elles portent généralement sur le régime de la célèbre ordonnance de 1680, où l'institution est en plein épanouissement. On s'est moins attaché à l'histoire de sa formation — à ce sujet on ne trouve guère que des renseignements dispersés dans les ouvrages généraux où ils sont placés en manière d'introduction. C'est cette histoire que je voudrais reprendre, en m'attachant plus longuement à la période du XVI^e s. — où l'organisme se constitue pièce à pièce. Je devrai pourtant m'attarder à exposer avec quelques détails l'état et le régime des gabelles au cours des XIV^e et XV^e siècles pour mieux faire apprécier les efforts accomplis au XVI^e. Je dirai ensuite comment FRANÇOIS I^{er} s'est dans la 1^{re} moitié du XVI^e s. attaché à accroître le rendement de l'impôt tant par un meilleur aménagement du fournissement des greniers que par une tentative d'extension et d'unification du régime des gabelles. Enfin, après l'échec de ces tentatives, il faudra suivre dans son développement l'histoire de la mise en ferme des gabelles, dont les principales péripéties se placent dans la seconde moitié du XVI^e et au commencement du XVII^e s.

¹⁾ Au cours du XVIII^e s. ont paru la très bonne étude de MOREAU DE BEAUMONT, *Mém. concernant les impositions et droits*, 2^e partie. tome III, Paris. Impr. royale 1769; *l'Encyclopédie méthodique*, II et III Finances vis gabelle, greniers, salines, sel etc. Paris 1785 et le *Répertoire de Guyot*, VII: Gabelle. Paris 1784. On consultera avec profit: BEAULIEU, *Les gabelles sous Louis XIV*. Paris, Berger Levrant 1903 et PASQUIER, *L'impôt des gabelles en France aux XVII^e et XVIII^e s.*, Paris, Librair. du Sirey 1905.

I.

Les gabelles avant le XVI^e siècle.

L'histoire des gabelles avant le XVI^e s. au cours des XIV^e et XV^e siècles est assez obscure et fort complexe. On en peut donner plusieurs raisons :

1^e Les textes officiels sont assez rares. Même, depuis la fin du XIV^e s. jusqu'au début du XVI^e s. il y a pénurie presque complète. En outre leur interprétation est assez délicate. Car ils marquent plutôt le désir du roi que l'existence certaine et générale de l'état de choses qu'ils réglementent. Il est difficile de dire dans quelle mesure et sur quelle aire géographique ils ont été appliqués et avec quelle rapidité.

2^e Le XIV^e et le XV^e s. ont été chez nous des périodes extrêmement troublées. En dehors d'un petit noyau central qui comprend à peine entièrement l'Ile de France, l'Orléanais, la Touraine, le Berry, le Bourbonnais, le Limousin et l'Auvergne, presque toutes nos provinces ont échappé à un moment ou à l'autre à l'autorité royale et ont fini par être reconquises plus ou moins rapidement depuis le traité de Brétigny (1360) jusqu'à la mort de LOUIS XI (1483). Ces changements de domination ont été peu favorables au développement régulier des institutions fiscales. Il est souvent difficile de découvrir si chaque province, au moment où elle est tombée aux mains de l'ennemi, avait déjà des greniers organisés, puis si et dans quelle mesure ils ont pu survivre à la conquête. Les Anglais ont généralement conservé dans les provinces conquises l'administration française. Mais les gabelles leur étaient complètement étrangères. Enfin lors du retour de ces provinces au domaine royal, il est bien à croire qu'on a dû, pour rendre le nouveau régime populaire, adoucir la rigueur du droit commun fiscal. Ajoutez que dans la reconstruction fiscale entreprise sous le règne de CHARLES VII et durant tout le règne de LOUIS XI, il ne semble pas que les gabelles aient occupé dans le nouvel édifice une place considérable. C'est la taille sur laquelle on a surtout compté. C'est à elle surtout qu'on a demandé la plus grosse partie des ressources nécessaires. Tant et si bien que c'est pour la diminution de la taille qu'ont surtout lutté les Etats-généraux de 1484. Tout cela est pour expliquer en même temps

que la pénurie, l'incertitude dangereuse de nos renseignements.

3^e Enfin la question des gabelles est encore compliquée par la divergence naturelle des intérêts des provinces en ce qui touche aux gabelles, qui rend presque impossible l'établissement d'un régime uniforme. Les unes ne sont que consommatrices de sel et n'en reçoivent que du dehors, comme les provinces centrales; les autres sont productrices en même temps, de telle manière qu'un régime trop sévère susciterait une contrebande trop facile et risquerait, en portant atteinte au commerce d'exportation du sel, de tarir une source de revenus importants de la province. Même parmi les provinces de cette dernière catégorie, il y a encore des différences plus nuancées qui s'opposent à une uniformité même partielle. C'est ce qui explique que, tandis que le Languedoc a accepté un régime mitigé où les greniers tiennent une place déjà fort appréciable, c'est seulement sous la forme d'une aide sur le sel que la gabelle est pratiquée en Poitou ou en Angoumois, alors qu'en Bretagne et en Guyenne on rejette les gabelles sous quelque forme qu'elles se présentent.

1. La forme sous laquelle se présentent le plus anciennement et le plus communément les gabelles est *l'institution des greniers à sel*. La lecture des ordonnances laisse bien clairement apparaître que l'institution du grenier est, aux yeux du roi, la forme normale que doit revêtir la gabelle. C'est elle dont on réglemente le plus souvent et le plus volontiers les détails; c'est vers son établissement que les efforts du roi dirigeront l'organisation des diverses provinces. Le roi ne parviendra pas à l'imposer partout, à cause de la grande différence que la force même des choses établit entre les provinces productrices de sel et celles qui se bornent à le consommer; à cause aussi du sort historique très varié qu'ont subi les diverses provinces au cours des XIV^e et XV^e siècles. Mais du moins il y tendra avec persévérance. C'est donc d'abord du fonctionnement des greniers à sel qu'il faut donner une idée avant de décrire l'état des choses dans les provinces où ils n'existent pas.

L'impôt des gabelles remonte en France au XIV^e s. Il subsiste encore quelques obscurités au sujet de son établissement. Il est à croire que, plus anciennement, le roi de France, comme bien

d'autres seigneurs féodaux, possédait dans son domaine des salines dont l'exploitation donnait lieu à quelques banalités sur les terres avoisinantes (obligation pour les habitants d'aller prendre le sel à la saline du roi ¹⁾). Mais avant le XIV^e s. il n'est nulle part question d'un droit général perçu sur toute la France ou même sur toute l'étendue du domaine royal à l'occasion de la vente ou de la consommation du sel. C'est seulement en 1315 que le registre Pater ²⁾ de la chambre des Comptes relate une longue ordonnance relative au sel. Le roi y rapporte que le peuple souffre d'une grande disette de sel, dont il faut accuser non seulement la température défavorable à la récolte, mais aussi et surtout plusieurs marchands qui ont accaparé cette denrée et en font monter le cours à leur gré. Pour y obvier, le roi prescrit une enquête accompagnée de perquisitions à effectuer à Paris, Rouen et autres lieux: les commissaires devront appeler devant eux les coupables, confisquer le sel qu'ils détiennent, le faire vendre publiquement au profit du roi et infliger aux accapareurs une peine exemplaire. Il ne s'agit pas là d'impôt. Mais c'est une première ingérence du roi et assez caractéristique dans le commerce du sel. Peut-être faut-il attribuer à ce désir des populations d'une protection contre l'accaparement et la disette du sel la forme sous laquelle la royauté devait bientôt organiser la gabelle: nous ne possédons pas la première ordonnance royale qui l'établit. Nous savons son existence par la mention qui en est faite dans les lettres de 1342 (20 mars), qui portent établissement de la juridiction des greniers à sel et gabelles pour le *maintien* du monopole du sel ³⁾. Aussi bien l'ordonnance de 1342 est-elle assez explicite pour nous permettre de suppléer à celle qui ne nous est pas parvenue. Elle rappelle que le roi, en son grand conseil, a déjà antérieurement ordonné „certains greniers ou gabelles de sel estre faits en notre royaume” et „commis certains commissaires es lieux où il appartient” ⁴⁾. Et elle institue sept personnes

¹⁾ BOUTARIC, *La France sous Philippe le Bel*, p. 252, notes 4, 5 et 6. — *Ordonnances du Louvre*, tome IX, p. 175.

²⁾ Fol^o. 237. v^o. Ordonn^{ces} I, p. 607.

³⁾ Ordonn^{ces} II, p. 179.

⁴⁾ A quelle date remonte la première ordonnance? Peut-être est-ce celle que DUCANGE signalait à la date de 1331. Une chronique de l'époque (abbas Lau-

qui auront pleins pouvoirs pour créer des greniers „es lieux où bon vous semblera par tout notre royaume” pour y mettre „tous et tels commissaires, grénétiers, gabeliers, clerks et autres officiers”... „faire payer à iceux et à chacun d’eux gages convenables” et „absolument faire tout ce qui bon et convenable sera et vous semblera aufait desdits greniers”. Puis „elle accorde „aux commissaires, grénétiers, gabelliers clerks et officiers à ce députés... la connaissance, correction et punition du tout quant aux choses touchant le fait dudit sel” avec droit d’appel devant les sept personnes instituées par le roi. Enfin elle soustrait ce personnel à toute surveillance des officiers ordinaires du roi. L’idée maîtresse qui se dégage des lettres de 1342 et de l’ordonnance qui a dû les précéder est celle de la création d’entrepôts ou greniers à sel où on accumulera tout le sel nécessaire à la région pour le vendre aux consommateurs et tirer un profit de cette vente. C’est le principe qui dominera toute l’institution des gabelles jusqu’à la fin de l’ancien régime. Comme je l’ai dit plus haut, il n’est pas invraisemblable de supposer que ce principe a été inspiré par les difficultés d’approvisionnement du sel dans les régions du centre de la France et les craintes de disette que révèle l’ordonnance de 1315. En même temps que le roi institue et organise les greniers à sel, il leur donne leur autonomie administrative et leur reconnaît un droit de juridiction civile et criminelle pour tout ce qui touche au fonctionnement de l’impôt.

Dès l’abord, l’impôt dut paraître assez lourd, car moins de trois ans après, le roi crut nécessaire de protester de son grand désir de le supprimer. C’est ce que révèle l’ordonnance du 15 février 1345 ¹⁾. Le roi s’est aperçu que „la gabelle du sel et les im-

dunensis liv 11. c. 71) fixe à 1342 un impôt sur le sel „en ce mesme an (1342) mit le roi une exaction sur le sel, laquelle est appelée gabelle, dont le roi acquit l’indignation et malegrâce tant des grands comme des petits et de tout le peuple”. Le texte n’affirme pas formellement que ce soit la première exaction. Cf. MOREAU DE BEAUMONT, *Impositions en France*, III, 4^e mém^e, p. 3.

¹⁾ Ord^{ces}, Louvre II, p. 238. Le même texte se trouve reproduit dans une ordonnance datée du 25 février 1318 et attribuée à PHILIPPE LE LONG (I, p. 679). Il est à croire qu’on a commis une erreur en datant ce dernier document: il est peu vraisemblable que dès 1318 les gabelles aient déjà soulevé une pareille réprobation. (Cf. BAILLY, *Hist. finance de la France*, 2^e édⁿ 1839, Paris, 2 vol. en 8^o, Tome I: année 1318).

positions des quatre deniers pour livre (aide sur la vente de tous objets) estoient moult déplaisans à notre peuple... que notre peuple se tenoit moult agrevez". On redoutait que la gabelle du sel et les impositions fussent incorporées au domaine et qu'ainsi elles fussent perpétuelles. Le roi déclare qu'il voudroit bien trouver „une bonne voie et convenable par laquelle... lesd^{es} gabelles et impositions fussent abatues à toujours, mais...". Pourtant la gabelle dut entrer dans les mœurs plus vite qu'on ne l'aurait cru, puisque les Etats généraux de 1355 y ont recours pour subvenir aux frais et dépens de l'armée ¹⁾. Et en Languedoc où pourtant jamais la gabelle ne devait avoir l'importance et la rigueur qu'elle acquit dans le Nord, les Etats de 1363 demandent au roi la prorogation de la gabelle pour deux années et l'affectation de son produit pour moitié au paiement de la solde des hommes d'armes et pour le reste au remboursement des dettes du roi ou de ses nobles. C'est seulement au cas d'insuffisance du rendement des gabelles que les Etats réclament, pour parfaire la somme nécessaire, le droit de choisir l'impôt qu'ils préféreront et de le percevoir eux-mêmes ²⁾. Dès 1366 enfin les principes essentiels de l'institution sont fixés dans un règlement détaillé qui n'est d'ailleurs que l'application du plan de 1342 ³⁾. Depuis cette date, les ordonnances se sont succédées, parfois fréquentes comme à la fin du XIV^e siècle, (ord.^{ces} du 24 janv. 1372 et du 22 nov.^e 1379 ⁴⁾ — ordonn.^{ces} du 21 janv. 1382 et 1^r déc.^e 1383 ⁵⁾) ou comme dans la seconde moitié du XV^e siècle (ord.^{ces} de 1451 ⁶⁾, 1458 ⁷⁾, 1469 ⁸⁾) d'autresfois très rares, comme au début du XV^e ⁹⁾ siècle.

¹⁾ Ord^{ces} III, p. 19, art. 1. „Et pour faire la dicte armée et payer les frais et despens d'icelle, ont regardé et avisé que par tout le dit pays coutumier une gabelle soit mise et imposée sur le sel".

²⁾ Ord^{ces} III, p. 620 et suiv.

³⁾ Ord^{ces} Sept^r 1366, IV, p. 694.

⁴⁾ Ord^{ces} V p. 565, 1369, VI, p. 442.

⁵⁾ Ord^{ces} VII, p. 746 et s. p. 753.

⁶⁾ Ord^{ces} XIV, p. 199.

⁷⁾ Ord^{ces} XVII, p. 86.

⁸⁾ Ord^{ces} id. p. 283.

⁹⁾ Un petit traité des gabelles écrit en 1610 (B. N. ms. fr. 21756, f^o 36) fait déjà remarquer qu'il y a dans l'histoire des gabelles une période de grande confusion qui va de 1383 à 1435.

Elles se répètent souvent et il serait fastidieux de les analyser. Mais il est nécessaire de rappeler ici les traits particuliers de toute cette organisation au début du XVI^e siècle.

Les traits essentiels des greniers se trouvent déjà dans l'ordonnance du 7 Déc^r. 1366 (ord^{cs} Louvre IV. p. 694). Le roi prescrit d'établir des greniers à sel „sur toutes les rivières courant par le royaume, eslieux où ils seront plus profitables et nécessaires pour le gouvernement du pays” et aussi „es bonnes villes du royaume . . . en telle manière que le peuple ne peut avoir deffaut de sel” (art. 2). Le roi a une double préoccupation : les greniers des villes mettront les habitants à l'abri de la disette ; les greniers sur le bord des rivières permettront de surveiller la transport du sel qui se fait habituellement par bateaux, à cause de la rareté et de l'insécurité des chemins de terre. Il est interdit, sous peine de confiscation du sel „de descendre son sel de chalands ou bateau sur aucun lien de rivière fors en la ville où il y aura grenier” (art. 6). Dans toute l'étendue de la circonscription du grenier, on ne pourra vendre ou consommer que du sel pris au grenier (ord^{ce}. 24 Janv. 1372 art. 7 L. V. p. 576 id. ord. 1379 art. 28). Toute personne qui contreviendrait à cette règle serait punie d'amende et de forfaiture, sans préjudice de la confiscation de la marchandise, ainsi que „des chars, charrettes, chevaux et autres bêtes menans, portans et conduisans le sel” (ord^{ce}. 1372 art. 10, 11, 12).

Pour remplir ces greniers, on a commencé par avoir recours à la réquisition de tout le sel qui se trouvait amassé dans le voisinage soit en mains de marchand ou de revendeur (ord^{ce}. 1366, art. 1). On commit dans chaque grenier un prudhomme loyal et diligent qui exercera les fonctions de grénétier et un autre qui sera clerc du grenier et contrôleur du grénétier. Tous deux devront „écrire, chacun en son papier à part, tout le sel qui sera trouvé en la ville”. Plus tard, pour assurer l'approvisionnement des greniers, on fit appel à toutes les bonnes volontés. Tous les marchands qui le vouloient avaient faculté d'acheter un chargement de sel sur le carreau du salin et de le conduire au grenier qui leur conviendrait, sauf à se soumettre aux mesures de contrôle destinées à parer aux fraudes que le transport rendait faciles et dangereuses : le *commerce du transport du sel est en*

principe libre. Je dirai plus loin comment cette liberté vint à être restreinte, avant de faire place au monopole du „fournissement”.

Le marchand ne doit pas vendre directement le sel qu'il transporte. Il est tenu de verser tout son chargement au grenier qu'il a choisi. L'ordonnance de 1366 organise déjà le déchargement du sel dans le grenier: il a lieu en présence du grénétier et du contrôleur qui le feront mesurer, ¹⁾ „écriront la quantité de sel, le nom de celui à qui il sera et le jour qu'il sera reçu et mis en grenier” (art. 2). Le sel est versé dès son arrivée dans des chambres ou magasins assez exigus, dont chacun est indépendant et correspond à un ou plusieurs chargements. Chaque chambre est fermée par trois serrures, munies chacune d'une clef différente: une des clefs reste aux mains du marchand; une seconde aux mains du grénétier et la troisième est laissée au contrôleur (art. 2). Le sel reste ainsi engrangé durant plusieurs années pour sécher. Il est ensuite vendu aux acheteurs par le grénétier à son tour de papier (art. 2) ²⁾ le plus ancien étant livré le premier. Le prix de vente est fixé par le général des finances de la généralité, en tenant compte de la valeur du sel au salin, du coût normal du transport et du bénéfice légitime du marchand. Il est déterminé à la mesure accoutumée, généralement au muid ³⁾. Le marchand doit s'y soumettre. Pourtant, quand le sel aura dépassé deux ans de séjour au magasin, le marchand aura la faculté d'offrir un rabais sur ce prix. En ce cas son sel sera vendu avant les autres plus anciens dont les propriétaires ne feront pas la même offre ⁴⁾, jusqu'à concurrence de dix muids pour chaque offre. On ajoutera au prix ainsi fixé le „droit du roi”, c'est à dire l'impôt qui en 1366 est déjà de 24 francs par muid ⁵⁾. Au grenier on ne livre pas le sel par petites quantités, au dessous du setier, mine ou demi-mine ⁶⁾. La vente en détail est laissée au regratier dont je parlerai plus loin.

¹⁾ Ord^{ce}. de 1372, art. 1.

²⁾ Id. ord^{ce}. 1372, art. 2.

³⁾ Ord^{ce}. 1366, art. 3.

⁴⁾ Ord^{ce}. Nov. 1379, 1^{re} art. 19. Ord^{ce}. Janv. 1382, Instr. gab. art. 6.

⁵⁾ Art. 3.

⁶⁾ Le muid contient 12 setiers et le setier 4 minots. Les mesures vont du muid au 8^e de minot ou demi setier. La capacité de chacune varie suivant les villes. Le muid de Paris, le plus répandu pèse environ 4666 livres et le

La vente au grenier n'a lieu qu'au comptant. Les deniers à fournir par l'acheteur sont perçus en totalité par le grénétier et enfermés aussitôt dans un coffre muni, lui aussi de trois serrures. Les trois clefs sont réparties comme celles du magasin, de sorte que le coffre ne peut s'ouvrir qu'en présence du marchand, du grénétier et du contrôleur ou de leurs mandataires. On y versera à chaque fois le produit des ventes successives jusqu'à ce que le magasin du marchand soit épuisé. En même temps le contrôleur tiendra registre de toutes les opérations, tant relatives au sel que relatives aux deniers. De là, la nécessité d'une comptabilité régulière et détaillée ¹⁾. La vente achevée et le magasin vidé, on répartira les deniers du coffre entre le marchand et le roi au prorata des droits de chacun, en exigeant une quittance du marchand que le grénétier versera, en même temps que les deniers du roi, entre les mains du receveur des aydes du diocèse ²⁾. Les diverses manutentions du sel et sa dessication au magasin entraînent souvent une réduction de poids et de volume, un déchet que le marchand est tenu de supporter, selon un usage très ancien, jusqu'à concurrence de une mine par muid, c'est à dire un peu plus de 2 $\frac{1}{2}$ % ³⁾.

Dès l'ordonnance de 1366, pour éviter les complications d'une comptabilité de détail trop minutieuse, on n'autorise la vente directe par le grénétier au consommateur que par grosses mesures (par demi-mine. art. 5). Pour de plus petites quantités, l'habitant doit s'adresser au marchand détaillant qu'on appelle *regratier*; l'ordonnance n'a pas voulu ruiner leur commerce ⁴⁾. Le regratier doit prendre le sel qu'il revend au grenier de la ville et le livrer à un prix taxé par le grénétier ⁵⁾: il n'a pas le droit de

minot 97, 25 (MOREAU DE BEAUMONT, *Impositions* 2^e p^{ie}. f. III, p. 99). L'ordonnance du 21 Janv. 1382 (art. 7) conseille d'envoyer aux greniers des mesures adéquées à celles de Paris et signées à la fleur de lys.

¹⁾ Sur le détail de cette comptabilité, voir *Vestige des finances*. JACQUETON, *Documents relatifs à l'administration financière en France, de Charles VII à François I^{er}*, Paris, Alphonse Picard, 1891. p. 226 et suiv.

²⁾ Ord^{ce}. 1366 art. 4.

³⁾ Ord^{ce}. de 1508, art. 64 JACQUETON, op. cit. p. 145.

⁴⁾ Art. 5. „Item .. ne le vendra-t-on pas à petites mesures à quoy les petits regretiers, revendeurs ont acoustumé à gagner leur vie”.

⁵⁾ Ord^{ce}. 24 Janv. 1372 art. 6. L. V. p. 576.

vendre par grosses quantités, au dessus d'un minot à la fois ¹⁾. Le commerce de regratier est libre, comme celui de marchand. Toutefois le grénétier en surveille l'exercice. Il a même le droit de l'interdire à telle personne „communément renommée ou diffamée de vendre sel pris ailleurs qu'audit grenier" ²⁾. En outre les ordonnances prescrivent certaines mesures de contrôle, de nature à rendre la contrebande plus difficile. D'abord chaque regratier ne peut avoir chez lui plus de six setiers de sel à la fois ³⁾. En second lieu l'organisation première ne réglait guère la vente du sel que dans la ville du grenier, où la surveillance était relativement facile. A mesure qu'elle se compléta, il fallut y faire rentrer les campagnes avoisinantes: on fut ainsi amené à fixer à chaque grenier une circonscription et même à l'étendre peu à peu, pour permettre aux divers ilots voisins de se souder les uns aux autres. Les regratiers sortirent de l'enceinte urbaine et parcoururent la campagne environnante jusqu'aux limites de la circonscription. Il eut été puéril de prétendre contrôler toutes les ventes du regratier dans la campagne s'il pouvait les faire au domicile de l'acheteur. Aussi n'autorise-t-on la vente qu'au marché ou en lieu public ⁴⁾ et pour chaque regratier dans les „metes" (limites) du grenier dont il est ressortissant.

Puisque le régime des greniers comporte l'existence d'un monopole de la vente du sel au profit du roi, il en faut conclure, et les ordonnances le rappellent souvent, que *l'habitant* ne doit consommer que du sel venant des greniers et que les divers *intermédiaires* ne peuvent vendre que du sel qui remplit cette même condition. Mais il n'est pas facile, pour une denrée aussi répandue que le sel, d'assurer le respect effectif de ce monopole. Au début l'incertitude et la longueur des transports, la maladresse des fraudeurs et le peu d'exigence de l'administration royale ne laissent pas bien apercevoir la difficulté de la surveillance. Pourtant cette surveillance ne tarde pas à s'organiser et l'ébauche du système se

¹⁾ Id. art. 5. ²⁾ Art. 10.

³⁾ Ord^{ce}. 1366, art. 7.

⁴⁾ Ord^{ce}. 24 Janv. 1372. L. V. p. 576, art. 10. Ord^{ce}. 21 Nov. 1379 art. 23. Aucun regratier ne pourra vendre sel es metes des greniers, senon *en bonnes villes*, en marchié ou en autre lieu publique; et *en plat pays*, es villes où il ya marchié seulement, en plain marchié et à jours de marchié, L. VI, p. 442.

dessine dès 1366 et 1372. La fraude peut provenir soit du *marchand*, soit du *regratier*, soit de *l'habitant*. Elle suppose même généralement la complicité de deux de ces trois personnes.

Relativement au *marchand*, ce n'est pas de la surveillance du transport qu'on s'est d'abord préoccupé. Le point le plus urgent était d'être avisé du sel déjà transporté dans la ville: on redoutait la formation de dépôts clandestins où l'habitant pût s'approvisionner en fraude. Aussi chaque grénétier a-t-il d'abord mission de veiller à cela et de faire verser au grenier tout le sel qu'on pourrait découvrir dans la ville (ordce. 7 Xbre. 1366. art. 1)¹⁾. Pourtant on va bientôt plus loin: dès 1366 (art. 6) on interdit à tout marchand de „descendre son sel de chalands ou bateaux sur aucun lieu de rivière, fors en la ville où il y aura grenier, sur peine de perdre tout le sel”. Les habitants eux-mêmes sont conviés à faire respecter cette prescription: „celui qui le viendra accuser aux eslus ou à leurs commis du diocèse où le sel sera acquis, en aura le quint” (art. 6)²⁾

Enfin, par un progrès naturel, on en vint à surveiller tout le transport du sel. Le procédé le plus simple, celui qui vient tout de suite à l'esprit, eût été de contrôler l'enlèvement du sel du salin, d'obliger le marchand à y prendre le sel en charge et de le rendre responsable, vis à vis du grenier destinataire qu'il aurait désigné, de la quantité contrôlée au départ. C'est le système qu'établit l'ordonnance du 1^r déc. 1383 pour le sel du Poitou (art. 8)³⁾. Mais il était impossible d'en faire une règle générale

¹⁾ ... „Tout le sel qui sera trouvé en la ville ... soit en mains de marchand ou de revendeur, le fairont mettre au grenier. Et s'il y avait ... bourgeois on autres qui eussent sel en leur maison plus que leur seroit mestier pour leur garnison de quatre ans, ils mettront ou fairont mettre en grenier le surplus”.

²⁾ L'ordonnance du 24 janv. 1372 se borne encore (art. 1^r) à prescrire le versement au grenier de „tout le sel qui sera amené pour vendre en aucunes des villes ...” et à charger de la surveillance tant le grénétier (art. 13) que les habitants (art. 11).

³⁾ Art. 8. Tous marchands qui prendront ou voudront prendre sel sur les ports et salines ou ailleurs en tous lesdits pays, pour mener es greniers et gabelles du roi. le pourront prendre sans ce que les marchands qui l'auront vendu soient tenus de payer autre chose, pour ce que les acheteurs donnent bonne caution et sûreté de le mener, conduire et décharger esdits greniers et de ce apporter bonne certification aux eslus, leurs commis et deputez.

parce qu'une grande partie du sel qu'il était d'usage de consommer dans les régions du centre provenait de Bretagne (sel de Locmaria, puis de Guérande). Or la Bretagne n'était encore soumise qu'à l'autorité très indirecte du roi et les gabelles n'y existaient sous aucune forme. Il fallut bien alors se borner à saisir le sel à son entrée sur la terre du roi. C'est dans l'ordonnance de 1379 que se trouve la première ébauche de cette surveillance. Elle se caractérise par deux traits : 1°. elle ne vérifie régulièrement l'entrée du sel que quand il arrive par eau et 2°. pour le reste elle poursuit d'une manière générale ceux qu'elle appelle les „faux marchands” ¹⁾.

1°. Le transport par eau était certainement le plus fréquent. Les routes de terre étaient bien plus couteuses et bien moins sûres, car la police n'en était en fait assurée que par les petits seigneurs locaux, parfois encore enclins à rançonner à leur profit. Sur les principaux cours d'eau, le trafic s'était, durant le XIV^e s. organisé d'une manière assez satisfaisante. Le sel de Bretagne remontait souvent le cours de la Loire ou de ses affluents et pénétrait en pays de gabelles à Ingrande; pour la région parisienne, il empruntait le cours de la Seine où il arrivait par Harfleur et enfin la Picardie se servait de la Somme. L'ordonnance de 1379 vise le transport par la Loire; celle de 1382 applique mêmes mesures pour la Seine à Harfleur et à Paris. Sur la Seine, la corporation des „marchands de l'eau” de Paris exerçait un monopole sur les transports de la région, en amont et en aval de la ville; la même fonction incombait aux „marchands de Rouen pour la basse Seine, sans que les deux corporations eussent créé un organe commun ²⁾. Il en était autrement sur la Loire et ses affluents, où une puissante fédération, celle des „marchands

¹⁾ Art. 34, 35, 36.

²⁾ Pour la hanse des marchands de Paris, son monopole, sa lutte contre la hanse des marchands de Rouen, voir FRÉDÉRIC LECARON, *Les origines de la municipalité parisienne* (*Mem. Soc. hist. de Paris*, tomes VII et VIII, p. 78—174 et 161—272). Le monopole des marchands de Paris fut partagé par les marchands de Rouen depuis Juillet 1450 (lettres de CHARLES VII confirmées en 1461 par LOUIS XI). Depuis cette date, ce monopole fut moins exclusif vis à vis des autres villes riveraines ou même étrangères. Pourtant il subsista jusqu'à l'ordonnance de 1682 (ch. III. art. 1) qui le supprima.

fréquentant la rivière de Loire et fleuves descendant en icelle" avait acquis durant le XIV^e s. le contrôle de tout le fleuve. Elle était née de l'union des diverses corporations des marchands des villes riveraines de Roanne jusqu'à Nantes. Elle avait spontanément pris en mains le monopole de la navigation et la police du fleuve, assuré à ses frais les travaux de curage, de balisage ou d'entretien nécessaires à la régularité des transports, veillé à empêcher la perception de péages vexatoires ou abusifs par les seigneurs riverains. Elle se procurait les ressources indispensables par des redevances sur les marchandises en transit. Soutenue par la royauté qui lui avait fait confiance, elle lui servait d'intermédiaire vis à vis des marchands pour les aides que celle-ci voulait exiger et parfois même, aux jours difficiles de la lutte contre l'Angleterre, elle lui avait fourni de ses propres deniers d'importants subsides ¹⁾. Dans les communautés des villes riveraines, dont l'union constituait la corporation des marchands fréquentant la rivière de Loire, on rencontrait à la fois de simples voituriers d'eau, qui se bornaient à transporter le fret pour le compte d'un marchand, et des marchands, propriétaires de bateaux, qui faisaient eux-mêmes le transport de leur marchandise ²⁾. La royauté, d'accord avec la communauté, avait établi un grenier d'eau pour le contrôle et le mesurage du sel en transit, non pas à Ingrande même, mais aux ponts de Cé près d'Angers ³⁾. L'ordonnance de 1379 nous apprend qu'autrefois on y mesurait le sel. Puis à la suite d'une réclamation des marchands dont la lenteur du mesurage retardait le transport, on se borna à le jager. Mais le jaugeage prêta à de telles fraudes et eut de tels inconvénients que l'ordonnance de 1379 (art. 35) rétablit la nécessité du mesurage. Le sel arrivait aux ponts de Cé soit par bateaux complets, soit au milieu d'une cargaison variée. Au premier cas, le bateau une fois mesuré peut continuer son voyage par eau jusqu'à son lieu de destination; au second cas, il faut décharger le sel, sauf à le recharger sur d'autres bateaux de sel dont la cargaison était un peu courte:

¹⁾ Voir P. MANTELLIER, président à la cour impériale d'Orléans, *Histoire de la communauté des marchands fréquentant la rivière de Loire et fleuves descendant en icelle-Orléans*, 1867. Jacob. 3 vol.

²⁾ MANTELLIER I, p. 80 et suiv.

³⁾ Ordonnance de 1379 (art. 35 et 36).

la surveillance de la marchandise était plus facile par bateaux complets. Dans tous les cas, le marchand est tenu, aux ponts de Cé de nommer le grenier où il se propose de décharger sa cargaison et de donner caution qu'il la conduira entière jusque là. Enfin l'ordonnance de 1382 (art. 13 et 14) tout en appliquant à Harfleur et à Paris les mêmes règles de surveillance et de mesurage que celle de 1379 établissait pour les ponts de Cé, autorise en outre le grénétier à prendre contre la fraude telles autres mesures qu'il jugera efficaces (art. 11). L'ordonnance de 1517 maintient la même surveillance aux ponts de Cé et à Angers (art. 48—50) ainsi qu'à Rouen, et Paris (art. 51 et 52).

2^e. Le transport par eau menait le sel habituellement assez près de sa destination eu égard aux nombreuses artères fluviales par lesquelles on pouvait le tirer. Pourtant il restait bien des greniers qui se trouvaient à l'écart d'une rivière. Le marchand qui y conduisait le sel usait alors nécessairement des routes de terre. C'est la surveillance de ces routes qui semble avoir été moins sérieusement organisée. L'ordonnance la confie au grénétier. Elle ne prescrit pas à celui-ci de contrôler tous les charrois qui pouvaient circuler sur les routes : la tâche aurait probablement été trop difficile et eut exigé un trop nombreux personnel. Elle lui enjoint seulement de s'enquérir par oui-dire ou autrement s'il n'y a pas dans la contrée de „faux marchands” qui mènent le sel en fraude, soit qu'ils le prennent en contrebande à un des bateaux qui sont passés sans rien déclarer, soit qu'ils le reçoivent à la frontière de terre d'un de ces petits voituriers propriétaires de salines, comme il y en avait beaucoup en Poitou. L'ordonnance ne dit pas comment on reconnaît les „faux-marchands” des vrais. Peut être la notoriété publique suffisait-elle à les distinguer. Les vrais marchands étaient bien connus dans le pays : c'étaient souvent les mêmes qui fréquentaient les voies d'eau ; tout au moins devaient ils avoir avec les voituriers d'eau des relations régulières et publiques. Ils appartenaient, eux aussi, à une corporation où on avait souci de sa réputation. Cinquante ans plus tôt il n'en existait probablement pas d'autres. Et c'est pour cela que le roi avait tant redouté et leur monopole de fait et la disette qu'ils créaient parfois. L'institution des greniers royaux et l'espoir d'un gros profit avaient suscité l'apparition d'une nuée de petits

charretiers mi-détaillants, mi-marchands, mi-cultivateurs dont il eut été un peu naïf de ne pas se méfier, mais pourtant que l'administration royale était encore mal armée pour démasquer. C'était probablement ceux là que l'ordonnance appelait les „faux-marchands”, ceux que les grénétiers „trouveront coupables par information” (art. 34).

Il est facile de comprendre que c'est là que se trouvait comme le point faible de toute cette surveillance: on aurait probablement fermé la brèche durant le XV^e siècle si les troubles intérieurs et la guerre étrangère n'avaient absorbé toute l'attention de la royauté. Ici, comme pour le sel d'impôt, on se retrouve au début du XVI^e s. au même point qu'à la fin du XIV^e ¹⁾. L'ordonnance de 1517 (art. 50, 51 et 52) reproduit les dispositions de celles de 1382 ou 1379 relatives au tirage du sel par eau. C'est aux ponts de Cé, sur la Loire que le grénétier et le contrôleur d'Angers et à Rouen (au lieu de Harfleur) ou à Paris que les grénétiers et contrôleurs de ces deux villes vérifieront les bateaux et rece-

¹⁾ Je n'ai pas signalé l'ordonnance de février 1415 qu'on consultera pourtant très utilement au sujet de l'organisation du commerce du sel à Paris. Elle a ce caractère original de n'être pas destinée à entrer en application à sa date „pour cause de la gabelle” dit le texte. Elle n'est faite que pour plus tard „pour en user quand appartiendra”. Ce qui veut dire probablement qu'elle n'a jamais eu d'autorité légale, puisque la gabelle n'a pas été abolie. Elle est toutefois intéressante parcequ'elle est probablement conforme à l'état de fait à cette époque ou plutôt à l'état que les marchands de Paris souhaitaient voir admettre. Il y est question de greniers appartenant à des marchands, qui ne sont donc pas des greniers du roi et où cependant le sel entreposé est surveillé (art. 308). Il y a été apporté pour être vendu et ne peut y séjourner plus de 40 jours. Paris semble jouer le rôle de grand entrepôt libre de tout le sel destiné à la région avoisinante cf. ord^{ce}. janv. 1382, art. 14. On y vend le sel publiquement soit au magasin, soit sur l'eau, à son arrivée. Et on en surveille l'importation depuis le point de départ, puisque l'art. 310 n'admet pas qu'il en soit vendu ou détourné en cours de route avant Paris. L'arrivage s'en fait par terre ou par eau (art. 305 et 306). Tout un titre est consacré aux mesureurs de sel et un autre aux henouards-porteurs de sel. L'ord^{ce}. de fév. 1415 se place au moment d'une courte trêve conclue entre Bourguignons et Armagnacs et à la veille de la lutte contre HENRI V d'Angleterre. On soupçonne aisément quelle dut être sa portée quand les Anglais furent maîtres d'Harfleur (22 Sept. 1415) et que les Bourguignons menacèrent les communications tant avec les salines du comté qu'avec la midi par le Saône et le Rhône. L'organisation de la gabelle dut tout au moins sommeiller.

vront déclaration de la destination de la cargaison. Ils devront la gabelle sur tout le déchet supérieur au déchet légal à l'arrivée.

J'insisterai moins longuement sur les *regratiers*, non pas qu'on eut moins à redouter par eux la fraude. C'est tout le contraire. Elle apparut même si vite dangereuse qu'on fut bien obligé de commencer à y parer dès les premières ordonnances. J'ai dit plus haut comment en 1366 et en 1372 on prit déjà dans ce but quelques mesures de détail. Elles durent sembler vite insuffisantes, puisque, tandis que l'ordce. de 1372 (art. 10) permet seulement au grénétier d'interdire la profession de regratier à tout homme „communément diffamé de vendre sel pris ailleurs que au grenier”, celle de 1379 en vient à soumettre tous les regratiers à l'investiture du grénétier (art. 24) et à exiger d'eux chaque année un serment de „tenir les présentes ordonnances” et de dénoncer au grénétier les fraudeurs qu'ils connaîtraient. Les regratiers devront „prendre chacun an lettres du grénétier”. Désormais donc chaque grenier eut ses regratiers commissionnés : la profession cessa d'être libre. Pour parer à un autre danger, celui-là du côté du grénétier, la même ordonnance interdit au grénétier de rien exiger pour les lettres d'investiture. La surveillance dut se trouver bien facilitée. Voilà probablement pourquoi l'ordonnance de 1382 qui parle encore des marchands est muette au sujet des regratiers.

La législation du XV^e s. est tout aussi pauvre que pour les marchands. L'ordonnance de 1508 se borne (art. 57) à interdire aux „regratiers et revendeurs” d'acheter du sel ailleurs qu'au grenier. Celle de 1517 (art. 38) restaure le régime de 1379 qui au milieu des troubles du siècle précédent avait dû s'altérer. Elle nous rapporte en effet que le nombre des regratiers s'était beaucoup accru, assez pour rendre toute vérification impossible, quand celui qu'on accusait d'avoir pris du sel ailleurs qu'au grenier alléguait pour sa défense qu'il le tenait d'un regratier. Le roi prescrit de réduire ce nombre excessif et d'exiger des regratiers le serment et la commission que prévoyait l'ordonnance de 1379. De sorte que nous nous retrouvons au début du XVI^e s. au même point qu'à la fin du XIV^e ¹⁾.

¹⁾ Je renvoie, au texte, au numéro de l'ordonnance dans la publication de M. JACQUETON, op. cit., p. 188. L'ordonnance n'est donnée par FONTANON II,

Reste la possibilité de la fraude par l'*habitant*.

L'exercice d'un contrôle efficace sur l'habitant est difficile, car il suppose qu'on octroie à l'administration un droit illimité de perquisition. On ne s'y résoudra que plus tard, aux derniers siècles de la monarchie. Mais de bonne heure on en est venu à un système moins vexatoire et qui permet de régulariser la consommation de chacun : c'est le *sel d'impôt*. Chaque habitant est tenu de prendre directement ou par intermédiaire au grenier une quantité de sel en rapport avec les besoins présumés de sa famille et l'ensemble de sa condition pécuniaire. Quand l'habitant aura obéi à cette prescription, se sera soumis à cet impôt, on aura diminué très sensiblement le champ d'application de la contrebande. L'origine du système se trouve sans doute dans l'ordonnance de 1372, art. 8, qui oblige „chaque habitant de notre royaume, des parties de Languedoïl, . . . à prendre sel en nosdits greniers de trois mois de trois mois, chascun selon ce qu'il lui en faudrait raisonnablement pour son vivre esdits trois mois”. La mesure est destinée à „obvier aux fraudes et malices qui se faisaient et se font de jour en jour contre les ordonnances”. D'ailleurs pour ne pas grever sans nécessité les habitants, „afin qu'ilz n'eussent cause de eux complaindre de ladite ordonnance”, le roi consent „que l'argent dudit sel ils ne payassent jusques en la fin d'iceux trois mois”. Dans ces limites, l'exigence de l'administration n'a rien de vexatoire. La quantité qu'il parut raisonnable d'imposer ne devait pas être bien considérable puisque, même dans l'ordonnance de 1680 (tit. 6. art. 7), elle ne s'élève encore pour l'usage du „pot et salière” qu'à 2 minot pour 14 personnes, soit environ 7 livres par personne et par an, et que la réglementation des gabelles s'est singulièrement aggravée durant ces trois siècles. La quantité imposée était probablement même au dessous de la consommation normale, puisque l'ordonnance de 1508 (art. 63) s'inquiète au point de vue de la contrebande du supplément que l'habitant doit

p. 991 qu'à partir de l'art. 26 et l'art. correspondant à l'art. 38 de M. J. est l'art. 13. Voir aussi ord^{ce}. 1508. art. 58 qui prescrit aux grénétiers et contrôleurs de „se transporter souvent es maisons desditz revendeurs et regratiers pour congnoître s'ils commectront aucuns abus, et où ils les trouveront, iceux pugnissent estroietement”.

acheter et du lieu où il l'achète¹⁾. On ne trouve dans l'ordonnance de 1372 aucune règle précise d'organisation. C'est vraisemblablement au grénétier qu'appartient le droit de fixer pour chacun la quantité raisonnable. Le système dut fonctionner de suite puisque nous y trouvons des allusions en Normandie en 1371, 1377, 1378²⁾. On eut de bonne heure, pour se renseigner, recours aux agents de la taille que leurs fonctions obligeaient à connaître la condition pécuniaire de chacun, aux élus comme dans le mandement de 1377, ou plutôt aux collecteurs, comme le signale l'ordonnance de 1379³⁾. C'est probablement parceque leur intervention devint constante qu'il s'établit un rapprochement très étroit entre la taille et le sel d'impôt tant au point de vue de l'assiette que de la perception. Malheureusement il nous faut nous contenter de conjectures sur ce point, car je ne connais pas de texte relatif au sel d'impôt durant tout le XVe siècle. Au début du XVIe s., les ordonnances de 1508 et de 1517 nous montrent l'institution déjà épanouie⁴⁾. Le rapprochement du sel d'impôt

¹⁾ Art. 63. Item pour ce que es lieux de notre royaume où le sel délivre par impost, ceux à qui il est baillé, *qui le plus souvent ont nécessité de plus grande quantité*, en vont quérir aux autres greniers dont ils ne sont point . . . etc. (JACQUETON, op. cit. Documents . . . p. 145).

²⁾ Lettres du 28 juillet 1372, ord. L. XII p. 115. Dans le ressort du grenier de Dieppe, ceux qui ne consomment pas de gros sel sont taxés à 1 boisseau de sel blanc par trois mois et par feu et les autres à 1/2 boisseau seulement. Id. 18 Octobre 1377. Le roi mande au *bailli* de Caen et *aux élus* d'appeler le *grénétier* et d'enjoindre aux paroisses du ressort de prendre du sel au grenier „selon que jugeront en conscience que les personnes de chaque paroisse peuvent consommer par an”. L'assiette ainsi faite „sera remise au contrôleur et au grénétier pour qu'ils en fassent recette”, mandem. n°. 2477 — 18 oct. 1378. Le roi ordonne au *grénétier* de Conches d'assujettir chacun à prendre „la quantité de sel qu'en sa loyauté et conscience il jugera nécessaire à leur consommation . . .” Mandem. n°. 1794, B. N. ms. fr. 26011. VUITRY, *Etudes sur le régime financier de la France*. Nouv. série 1883 — tome II, p. 154.

³⁾ Ord^{re}. 1379, art. 33. Les eslus et grénétiers feront jurer solennellement, aux Saintes Evangiles de Dieu, chacun an une fois, aux *collecteurs des fouages* de chacune paroisse qu'ils enquerront bien et diligemment se aucun de la dite paroisse vent, achète ou use de sel non gabellé . . . et le révéleront auxdits eslus et grénétiers . . .

⁴⁾ Ord^{re}. 1508, art. 63. Voir note 1 . . . nous défendons à tous les susdits que après l'impôt qui leur aura été baillé ils ne voysent quérir sel ailleurs que où ils prenent ledit impôt, sur peine de confiscation dudit sel et grandes

et de la taille a transformé sur ce point la gabelle en un impôt de répartition. Le grénétier indique à chaque paroisse la quantité totale de sel qu'elle doit prendre au grenier. Les habitants choisissent eux-mêmes des collecteurs-asseyeurs qui répartiront le sel entre les contribuables (art. 34). Ces collecteurs doivent dresser leur rôle dans les trois semaines qui suivent (art. 30) l'avis du grénétier et en envoyer un double au grénétier. Ils s'inspirent dans cette mission des rôles de la taille que les collecteurs de la taille doivent leur communiquer. Le grénétier, muni du double des collecteurs, dresse à la fin de l'année à l'aide de ses registres de vente (art. 29) comme le bilan de chaque paroisse et de chaque habitant et fait une inspection pour se rendre compte des fautes commises par chacun. Le contrôle est plus délicat qu'on ne croirait, car d'une part le consommateur n'est pas tenu à prendre billet ou quittance du sel qu'il achète (art. 33) et de l'autre il conserve la faculté d'acheter son sel à quelqu'un des regratiers qui courent les campagnes (art. 38). C'est pour cela que les grénétiers ont recours à tous moyens, information, confession de partie etc. (art. 31) pour prouver la fraude.

Ainsi surveillée, la fraude s'est-elle beaucoup développée avant le XVI^e s. et dans quelle mesure a-t-elle été réprimée?

Voici ce que nous apprennent les ordonnances à ce sujet. Elles établissent dès la fin du XIV^e s. les règles qui présideront à la répression. Mais ces règles seront presque sans application au cours du XV^e s. En outre il ne semble pas que la contrebande ait encore été vue avec faveur et complicité par les habitants. C'est au début du XVI^e s. que cette répression s'organisera avec méthode.

L'ordonnance de 1366 établit le principe de la confiscation de l'objet du délit: sel et voiture sont acquis au roi ¹⁾. Mais c'est

amendes arbitraires — ord^{ce}. 1317. Les grénétiers envoient au commencement de l'année à chaque paroisse une commission à l'effet de répartir l'impôt, art. 32 et suiv. JACQUETON, op. cit. Documents p. 186.

¹⁾ Ord^{ce}. de 1366, art. 6. Item nulle personne ne pourra descendre son sel... fors en la ville où il y aura grenier... et au cas qu'il ferait le contraire le sel et la voiture seront acquis à nous; sur lequel sel ainsi acquis celui qui le viendra acuser aux eslus ou à leurs commis du discèse... en aura le quiht.

surtout dans celles de 1372 et de 1379 que sont fixées les règles qui subsisteront durant toute l'ancienne monarchie. La première distingue assez nettement trois sortes de poursuites: 1^e le grénétier peut constater une violation des ordonnances ou „mépris de la gabelle par un marchand ou toute autre personne” (art. 13). Il devra la punir lui-même, ou si l'affaire lui paraît trop délicate, il en saisira les généraux des finances, c'est à dire la Cour des Aides ¹⁾. 2^e Le délit peut avoir été révélé au commissaire par un accusateur (art. 12). A la peine, qui sera une amende, on veut faire participer tous ceux qui auront concourru à la découverte et à la poursuite du délit. L'amende sera partagée ainsi: $\frac{1}{4}$ au délateur; $\frac{1}{4}$ au commissaire et l'autre moitié au roi. Elle sera arbitraire, sans que l'ordonnance dise par qui elle sera prononcée ²⁾. 3^e Enfin au cas de flagrant délit, de saisie sur une route du faux-saunier qui transporte du sel non gabellé, la peine comportera outre une amende, la confiscation de tout le charroi, bêtes et choses. Chaque habitant a droit de saisir et sera réputé sergent du roi pour mener le charroi à la justice du lieu. Amende et butin iront pour $\frac{1}{3}$ à l'habitant saisissant, pour $\frac{1}{3}$ à la justice du lieu et pour l'autre tiers au roi ³⁾. On attendait peut-être beaucoup de cette dernière règle.

L'ordonnance de 1379 reproduit en le complétant le dispositif

¹⁾ Art. 13. Se le dit grénétier trouve aucun marchand ou autres personnes quelconques qui mespreignent pour le temps à venir ou fait de ladite gabelle... il les en pourra pugnir, la vérité sceue, selon la qualité du meffait. Et se le cas était si grand qu'il doubtat à en déterminer, il pourra adjourner les malfaiteurs... par devant nos amés et féaux les généraux conseillers à Paris sur le fait des aides...

²⁾ Art. 12. S'aucun par information, non mie en présent meffait, est trouvé avoir vendu ou acheté tel sel non gabellé... le commissaire qui aura fait l'information aura le quart, celluy qui le fait aura accusé le quart et nous la moitié.

³⁾ Art. 11. Quiconque trouvera sel es mettes de nos greniers qui n'aura este pris aud. grenier, il le pourra prendre par cette générale ordonnance, sans autre commission, avec ses chars, charrettes, chevaux et autres bêtes menans, portans et conduisans ladicte sel et tout ce amener devers notre grénétier, comme forfaict et acquis à nous, desquelles forfaictures, ensemble des amendes qui en ysteront, led. preneur aura le tiers, la justice du lieu, tant en notre juridiction sans moyen comme en subiecte, l'autre tiers par la main du grénétier, et nous l'autre tiers...

de celle de 1372. Pour le premier cas, elle donne compétence à l'élu, ou à défaut au grénétier ou aux généraux ¹⁾. Le second cas est réglé de la même manière ²⁾. Et enfin le 3^e est traité encore plus abondamment qu'en 1372 ³⁾. D'ailleurs l'ordonnance prévoit l'augmentation du personnel préposé à la surveillance et autorise les grénétiers, contrôleurs et élus à établir des commissaires qui prêteront serment de prendre garde aux faux-marchands de sel ⁴⁾. On charge même de ces fonctions les collecteurs des fouages ⁵⁾ après avoir obtenu d'eux un même serment.

La contrebande dut s'accroître au cours des années troublées qui suivent. L'ordonnance du 6 juillet 1388 prévoit déjà qu'elle s'exerce à main armée et ordonne aux agents du roi de faire en sorte que „force en demeure aux gens du roi” : les agents auront droit de réquisitionner les habitants ⁶⁾. Au delà de 1388, les renseignements précis nous font défaut, comme toujours sur les gabelles. Pourtant on peut soupçonner que la surveillance se relâcha beaucoup. Les communications furent souvent coupées par l'invasion et laissèrent des provinces entières à elles-mêmes. Les luttes intestines livrèrent le pays à un régime de faveurs individuelles sans frein. Si CHARLES VII prit quelques mesures de restauration, elles n'ont pas laissé de traces. Quand on arrive au début du XVI^e s. on peut constater, de l'aveu même du roi, que les grénétiers sont souvent pleins de complaisance

¹⁾ Art. 31. Se le dit grénétier, treuve aucun marchand ou autre personne quelconque qui aient mesprins ou mespreignent... il requerra aux élus du lieu qu'ils en fassent pugnition, si c'est en lieu où il y ait élus et grénétiers — et se c'est en lieu où il n'y ait que grénétier et contrôleur... ils en pourront déterminer... et se le cas était si grand, etc.

²⁾ Art. 30.

³⁾ Art. 29.

⁴⁾ Art. 31.

⁵⁾ Art. 33.

⁶⁾ Ord. du Louvre VII. p. 766, art. 6 „Que toutes manières de gens menans et conduisans sel non gabellé à port d'armes ou autrement soient par les grénétiers... prins et punis... que chacun soit tenu de leur aider sur peine d'amende arbitraire... quel'on face que la force demeure aux gens du roi; et si mort ou mutilacion y advient contre aucun des menans... le roy veut que ceux qui ce feront... en soient et demeurent quittes, et impose silence à tous justiciers...

pour les fraudeurs. LOUIS XII dans une ordonnance inédite de 1502 adressée à la Normandie le reconnaît¹⁾. L'ordonnance de 1508 est cependant muette sur la réorganisation nécessaire. Mais celle de 1517 traduit bien le caractère plus violent qu'a pris désormais la fraude²⁾. Les dispositions qui, dans les ordonnances de la fin du XIV^e s., faisaient appel au concours de la population et l'intéressaient à la répression de la contrebande ont disparu. La répression est devenue trop difficile et trop dangereuse pour qu'on ne s'en remette pas surtout aux fonctionnaires du soin de la poursuivre. Les fraudeurs se sont organisés; ils ont recueilli cette écume de la population que la fin des guerres avait laissée sans emploi. L'ordonnance de 1517, précédée sur ce point encore par celle de 1502, signale des entreprises tentées aux frontières terrestres de la Bretagne, du Poitou ou de la Picardie par des gens armés, assemblés par troupes. Il fallait surveiller les passages, multiplier les sergents et sanctionner la saisie par une procédure rapide, sommaire, entraînant confiscation immédiate. Le roi autorise même en cas de besoin à faire appel à l'aide de la noblesse du pays qui constitue la grande réserve d'hommes d'armes. La répression de la fraude apparaît ainsi comme une des nécessités urgentes du début du règne de FRANÇOIS I^r.

¹⁾ Ord^{re} de Lyon du 2 octobre 1502. B.N. ms. fr. 25718 fol. 67, copie du XVI^e s. Le roi commence par rappeler que le revenu et émolument des gabelles diminue chaque jour par suite de l'inobservation des ordonnances. „Ce qui procède par la faulte, contemnement, demeure ou négligence de nosd. grénétiers et contrôleurs qui n'en ont fait leur devoir, mais à leur sceu . . . lesquels le souffrent et permettent soit par nonchaloir, ignorance, négligence, crainte desd. faux-saulniers . . . procédans à force d'astuces ou violences ou par pure malice et corruption, tellement que . . . l'usage du sel non gabbellé est commun.

²⁾ Ord^{re} 1517, art. 46. Item pour obvier à la diminution et perte . . . au moyen des faux-saulniers, qui ont vendu . . . et quand on les a voulu prendre, se sont assemblez en grant nombre et à port d'armes se sont mis en deffense contre nos commissaires . . . voulons que . . . nos généraux . . . s'enquièrent . . . des lieux, ports et passages . . . tant du costé de Bretaigne que de Poictou et nous en advertissent, pour et en chacun desbitz lieux . . . estre par nous establis . . . gens de deffence . . . mortes-payes ou autres . . . et si . . . lesd. commissaires . . . eussent besoing de secours et ayde, ils en advertiront les nobles du pays, nos officiers et autres . . . en manière que . . . la force nous en demeure.

Toute cette organisation ne comportait pas à l'origine un bien grand nombre d'agents. L'ordonn.^{ce} de 1366 (art. 1) n'en prévoit que deux : un grénétier et un contrôleur ¹⁾ par grenier. Combien y avait-il alors de greniers ? Je ne puis le dire. Il n'y en a pas dans toutes les villes. Pourtant l'ord.^{ce} de 1372 paraît bien considérer le grenier comme la règle au moins en Languedoïl ²⁾. A mesure que la perception de l'impôt se régularisait et s'affermissait, il y fallait un personnel nouveau. Contre la fraude, l'ordonn.^{ce} de 1372 (art. 12) signale l'existence de *commissaires* que confirme celle de 1379 (art. 32). Ils sont „mis” „par les diocèses” „par les élus, grénétiers et contrôleurs”, après serment de poursuivre les „faulx marchands de sel”. De même la manutention du sel de plus en plus active exigea la présence d'agents techniques. Les plus importants sont les „*mesureurs de sel*” dont il est question pour la première fois en 1379. Auparavant le grénétier, aidé de manoeuvres sous sa surveillance, y suffisait sans doute. Mais dans certains greniers, comme les greniers de rivière, la tâche était trop lourde et le mesurage fut peu à peu constitué partout en titre d'office. En 1379 (art. 25) on mentionne l'existence des mesureurs comme déjà ancienne. Toute leur importance dans le trafic du sel apparaît dans l'ord.^{ce} de février 1415 relative au commerce parisien que j'ai déjà signalée plus haut. Un titre entier de 25 articles leur est consacré. Les mesureurs sont en possession du monopole du mesurage de tout le sel qui se vend à Paris. Il y en a 24 offices. Ils ont en même temps la surveillance, l'étalonnage et la signature de toutes les mesures des greniers et vérifient ou „ajustent” toutes les mesures qui leur sont présentées.

¹⁾ Es lieux où lesd. greniers seront établis, l'on comettra un *homme sage, loyal et diligent* pour estre grénétier . . . et un autre *preud'homme loial et expert, qui sache bien écrire*, lequel sera *clerc* dud. grenier et *contrôleur* dud. grénétier. *Adde* Instruct. 21 janv. 1382. art. 3. Exige „bonnes cautions et pleiges bien solvables du grénétier et du contrôleur”.

²⁾ L'ord.^{ce} cabochienne de 1413 signale que durant les seize dernières années on en a créé un grand nombre : elle en énumère 35 et ajoute „et généralement tous les autres qui puis le temps susdit ont été mis sus en notre royaume”. Elle attribue ces nombreuses créations à „la faveur et importunité de seigneurs de notredit sang et lignage” auxquels sans doute on en avait octroyé le produit (art. 127).

Ils sont constitués en corporation avec un chef élu, le boursier. A côté d'eux enfin on rencontre parfois des agents commerciaux comme les „*courretiers de sel*”, sortes d'intermédiaires qui rapprochent vendeurs et acheteurs, sont renseignés sur le cours des sels, sur les prochains arrivages (ord.^{ce} 1415, art. 377 à 378); ou des manoeuvres comme les „*henouards-porteurs de sel*” (art. 340—362) ou les „*briseurs de sel*” (art. 363 à 376).

Selon le principe qui gouverne autrefois tout organisme administratif important, les agents des gabelles sont investis d'attributions contentieuses. La nécessité d'une répression rapide de la fraude a conduit vite à les leur reconnaître au hasard des circonstances et sans plan préconçu. Les premières ordonnances disent peu de chose: celle de 1315 (L. I. p. 607) donne aux commissaires le droit de confisquer le sel trouvé chez les accapareurs¹⁾; celle du 20 mars 1342 paraît bien non seulement soustraire aux juridictions de droit commun les commissaires qu'elle désigne et ceux qu'ils auront choisis pour les aider, mais encore réserver à ces commissaires la „connaissance, correction et punition du tout quant aux choses touchant le fait dudit sel”. Mais les textes postérieurs ne paraissent pas confirmer cette exclusion des juridictions de droit commun. Celle de 1366 (art. 6) prévoit qu'une accusation de fraude pourra être portée devant les „élus”, et celles de 1372 et 1379 qui créent des commissaires spéciaux pour „poursuivre” la fraude, étendent même ce droit de poursuite à tous les habitants de bonne volonté, réputés pour ce „sergents du roi”, tandis qu'elles supposent des informations ouvertes par le grénétier ou le commissaire et des peines infligées par les élus, le grénétier, les généraux ou même d'autres juridictions royales ou même sujettes²⁾. Tout cela d'ailleurs reste sans organisation précise. Ce qu'il convient d'en déduire, c'est que, comme bien souvent dans notre ancien droit, les compétences sont multiples. D'abord c'est à celle de droit commun qu'on recourt, bailli, pré-

¹⁾ L'ord.^{ce} de 1342 octroie aux officiers du sel une compétence absolue et même exclusive pour tous délits de gabelle et soustrait les officiers à toute juridiction autre que celle du roi. Mais les formules trop générales de l'ordonnance ont été limitées par les termes mêmes des ordonnances postérieures.

²⁾ Ord.^{ce} 1372 art. 11: „tant en notre juridiction sans moyen comme en subjecte”.

vôt, ou juge seigneurial. Puis pour fortifier la répression, sans rien enlever aux juridictions anciennes, on reconnaît au grénétier la faculté de poursuivre devant l'organe judiciaire fiscal le plus répandu, l'élu — et même, si l'élu est trop loin, le droit de juger lui-même ou de saisir la cour des aides. Toutes ces juridictions peuvent valablement être saisies. Ce sera, pour chaque affaire, la révention qui, comme dans bien d'autres matières, fixera la compétence. Les instructions de 1388 qui déclarent (art. 6) que les fraudeurs „seront pris et punis par” les grénétiers, contrôleurs et par toutes justices” ne font qu'exprimer la même règle. Et si l'ordonnance de 1517 laisse bien supposer que c'est surtout sur les grénétiers et contrôleurs qu'elle compte (art. 47) pour la répression, cependant on n'y trouverait aucune disposition qui leur réserve une compétence exclusive.

Le pouvoir contentieux du grénétier a dû pourtant prendre au cours du XV^e s. une importance de fait dont l'absence d'ordonnances ne nous permet pas de bien juger, mais que nous soupçonnons puisque c'est surtout sur lui qu'est fondée la distinction courante au début du XVI^e s. entre les *greniers* et les *chambres à sel*. Les *greniers seuls* sont investis d'un droit de juger. Les *greniers* furent successivement établis dans les plus importantes agglomérations. Puis on éprouva le besoin de rapprocher l'entrepôt du contribuable qui y devait puiser. Mais pour éviter la trop grande multiplication du personnel royal, on pensa qu'un même grénétier pouvait sans inconvénient gérer plusieurs dépôts voisins. Sur la circonscription du grenier, on créa des dépôts secondaires, confiés à des commis du grénétier et du contrôleur, sous leur direction, qu'on appela des *chambres à sel*, auxquels on n'accorda aucune juridiction et qui restèrent, à ce point de vue, soumises au *grenier*. Aucune ordonnance ne consacre cette distinction. Elle est pourtant ancienne puisqu'on y fait déjà allusion dans l'ord.^{ce} Cabochienne de mai 1413¹⁾. La multiplication des *chambres à sel* est frappante, soit au commencement du XV^e s. où l'ord.^{ce} cabochienne s'en plaint, soit au commencement du XVI^e s. pour certains provinces, comme le Maine (j'y reviendrai plus loin).

Cette distinction obligea à préciser les limites géographiques de

¹⁾ Art. 127 qui distingue plusieurs fois les *greniers* des *chambres*.

chacun des greniers. Quand ces limites furent-elles tracées pour la première fois? Je ne le sais pas¹⁾. Toujours est il qu'aux XVe, et XVIe s. ces limites existent et que ce n'est qu'à la fin du XVIIe s. qu'on y apporta des modifications.

La création des chambres à sel ne fut peut être pas très heureuse. Peut être est-ce une des causes des nombreux abus que signalent les ordonnances dans le fonctionnement de ce service. En permettant de faire surveiller toute la manutention du sel par des agents secondaires, elle donna l'habitude aux grénétiers et contrôleurs de se faire remplacer aussi bien au grenier qu'à la chambre. De là les fautes contre lesquels s'élèvent les ord. de 1508 et de 1517. C'est d'abord le défaut de résidence des grénétiers, contrôleurs ou même mesureurs²⁾ qui désignent pour les remplacer des commis incapables ou trop peu soigneux, à qui ils ont le tort de confier les clés; puis les négligences dans la tenue des écritures, dont souffrent notamment ceux qui ont recours au registre du contrôleur et qui veulent faire preuve en justice au moyen des mentions qui y sont contenues³⁾; puis les irrégularités

¹⁾ *L'Encyclopédie méthodique-Finances*. Tome II. V^e greniers p. 408 attribue cette division aux commissaires nommés par le roi en 1342. Peut-être a-t-elle raison. Pourtant aucun document ne permet de l'affirmer. Je crois même qu'il serait plus conforme à la marche habituelle des choses d'y voir une division créée peu à peu, quand s'aggrandit en fait l'aire d'action de chacun des greniers, à mesure que par l'activité du grénétier et du regratier la réglementation de la gabelle s'impose à une banlieue puis à une campagne de plus en plus étendue. C'est seulement quand les domaines d'action des divers greniers vinrent à se rejoindre que la question de la limite des diverses circonscriptions se posa et fut sans doute tranchée en cas de conflit par les élus ou les généraux des aides. Il ne serait pas étonnant qu'en bien des cas on ait accepté les limites des circonscriptions de la taille à cause du sel d'impôt.

²⁾ Ord.^{ce} 1508 art. 51. „peu de nos grénétiers, contrôleurs et mesureurs font résidence sur leurs offices, au moyen de quoy chaque jour arrivent de grans abus, parce qu'ils y commettent gens ignorants et qui n'ont aucun prouffit d'eux . . .” art. 57. „Item . . . par la non résidence . . . ils ont par cy devant mis des commis, auxquelz ils ont baillé les clefs de nosd. greniers qui n'ont été soigneusement gardés, mais se sont trouvés de grans abus et excessits déchets . . .” Les intéressés durent résister et chercher à se faire dispenser de l'obligation de résidence, puisque l'ord.^{ce} de 1517 (art. 26) renouvelle la même prescription qu'elle déclare applicable „nonobstant les lettres de non-résidence qu'ils pourroient avoir eues . . .”

³⁾ Ord.^{ce} de 1508, art. 65.

commises dans la manutention du sel : les grénétiers ne sont pas présents à la descente du sel ¹⁾ pas plus que les mesureurs ; ils se font remplacer par leurs clercs ou exigent un salaire pour y assister en personne ²⁾ ; au moment de la descente ou de la vente du sel, ils en prennent induement une certaine quantité ou exigent du marchand le don d'une partie en nature, dont ils trafiquent ensuite ³⁾. Enfin viennent les fraudes sur le mesurage du sel ou sur les déchets constatés pendant son séjour au grenier. On use de mesures plus grandes à la descente qu'à la vente ⁴⁾ pour s'attribuer le boni ; on répare un défaut de surveillance et une soustraction de sel inaperçue en jurant qu'il y a eu du fait de la désiccation du sel un déchet supérieur à celui qu'accordent les ordonnances ⁵⁾.

2. Voilà l'institution du grenier à sel telle que l'organise la grande majorité des ordonnances. Il me reste à rechercher et c'est la partie la plus obscure de ma tâche où et dans quelle mesure cette organisation a fonctionné. L'ordonnance du 20 mars 1342 ⁶⁾ prescrivait l'établissement des greniers dans toutes les provinces et, dans chaque province, partout où les commissaires le jugeraient nécessaire. Une œuvre si considérable ne pouvait pas être uniformément et immédiatement réalisée. Un demi-siècle après, l'ordonnance de 1382 (art. 12) prévoit encore qu'on n'établira pas de greniers partout ⁷⁾, notamment „pour cause des Salines” et rappelle qu'à défaut de greniers on „mettra sur le sel une imposition de quatre sous pour livre, ou telle comme bon

¹⁾ Id. art. 52.

²⁾ Id. art. 60. *Addé* qu'il résulte encore du texte que les grénétiers exigent un salaire pour rembourser au marchand le prix du sel vendu qu'ils ont touché en son nom.

³⁾ Id. art. 56.

⁴⁾ Id. art. 69 et 70.

⁵⁾ Id. art. 64.

⁶⁾ L. II p. 179 „Et donnons à vous.... plain pouvoir.... de mettre ... tous et telz commissaires, grénétiers, gabelliers.... commis es lieux où bon vous semblera partout nostre royaume....

⁷⁾ 21 janv. 1382 Instructions sur la gabelle art. 12 L. VII. p. 751. Déjà une ordonn.^{ce} du 5 déc. 1360 portée par JEAN LE BON au retour de sa captivité parle dans son préambule d'aides levées *en Languedoil* sur toutes marchandises vendues et „du cinquiesme sur le sel”, ce qui correspond aux 4 sous par livre de l'ordonnance de 1382 — L. III p. 437.

semblera à ceux qui seront commis sur ledit fait". Il est aujourd'hui impossible de suivre par le détail les progrès de cet établissement. Je voudrais seulement: 1°. indiquer avec autant de précision que je le pourrai l'état des choses à la fin du XVe siècle. 2°, pour la période qui précède, dégager de l'histoire de chaque province les conjectures qu'elle permet sur le régime local des gabelles.

Nous possédons pour la fin du XVe s. une liste des greniers que M. JACQUETON a publiée en appendice à ses *Documents sur l'administration financière en France de Charles VII à François I^r*.¹⁾ L'auteur a dressé cette liste à l'aide de divers documents d'archives dont il a combiné les renseignements²⁾. On trouve des greniers dans les généralités de *Languedoïl, d'Outre Seine, de Normandie, de Languedoc, de Bourgogne, de Picardie* et de *Provence*. Les généralités de Languedoïl et d'Outre-Seine sont celles où on retrouve en entier l'organisation que je viens de décrire. Elles comprennent toutes les provinces centrales du royaume; à savoir celle de Languedoïl, l'Orléanais, le Maine, l'Anjou, la Touraine, le Berry, le Bourbonnais et la partie méridionale du Nivernais jusqu'au Morvan inclus; et la généralité d'Outre Seine et Yonne: les deux grandes provinces de l'Ile de France et de la Champagne avec les vallées de l'Yonne, de la Seine, de la Marne et de l'Oise. Le Languedoïl a en 1518 trente six greniers et l'Outre Seine et Yonne en possède 54. Un grand nombre de greniers datent du XIVE s. L'ordonnance de 1413 se plaint qu'on les ait multipliés dans les dernières années du XIVE s. et révoque 35 créations de greniers ou chambres, dont 18 en Outre Seine et Yonne et 6 en Languedoïl³⁾. La plupart durent être rétablis

¹⁾ Paris. ALPHONSE PICARD 1891. p. 284 et suiv.

²⁾ V. p. 279. Le premier document dont s'est servi M. JACQUETON pour dresser sa liste est le précieux compte du receveur général de Languedoïl, JEAN SAPIN (1518) Arch. Nat. KK. 289. On sait que par suite de la prééminence de la généralité de Languedoïl, les receveurs des autres généralités versaient pour ordre leurs recettes au receveur général de Languedoïl dont le compte s'étend à cause de cela aux quatre généralités de Languedoïl, Outre-Seine et Yonne Normandie et Languedoc. M. JACQUETON fait ensuite état du contrôle d'Outre Seine en 1500 (Bibl. Nat. ms. fr. 11092) et de celui de Languedoc en 1473-4 (Bibl. N. ms. fr. 24090) ainsi que d'extraits du vol. relié 685 du cabinet des titres (Bibl. Nat. Ms. fr. 32511).

³⁾ Ord.^{ce} 1413 art. 127. „tous greniers et chambres à sel qui depuis seize

puisqu'on les retrouve en 1518. Je n'ai rien à ajouter au sujet de ces deux généralités.

Il en faut rapprocher la *Picardie* qui, depuis 1477 où elle fit retour à LOUIS XI, après la mort de CHARLES LE TÉMÉRAIRE, fut organisée en recette générale distincte et n'était en fait qu'une dépendance de la généralité d'Outre-Seine et Yonne. Elle contient 5 greniers, ou même 6 si on veut y comprendre celui d'Amiens qu'on range parfois dans la généralité d'Outre Seine et Yonne ¹⁾. On sait que les villes de la Somme ne restèrent officiellement soumises à la domination bourguignonne que depuis la paix d'Arras (1435) jusqu'à la mort du Téméraire ²⁾. On y conserva durant ces 40 années si troublées les institutions que les Valois y avaient antérieurement établies. De sorte que, quand elles firent retour à la couronne, il ne subsista guère de traces administratives de ce court changement de souveraineté.

La situation précise de la *Normandie* au sujet des gabelles est bien plus difficile à déterminer. Si l'on se reporte à la liste des greniers de 1518, on constate aisément que leur nombre est proportionnellement aussi élevé qu'en Languedoïl ou en Outre Seine (25 greniers pour la province). Toutefois un examen un peu plus détaillé conduit à remarquer que presque tous ces greniers sont situés dans la partie orientale de la province. Sur les 25 greniers ³⁾, il n'y en a que trois : Avranches, Coutances et Bayeux qui appartiennent à la région occidentale, ou plus exactement à la Basse Normandie. Et encore l'établissement de ces trois greniers pourrait-il être récent, puisque des listes de 1475 et de 1493 ne les mentionnent pas ⁴⁾. Cette différence entre la Haute et la Basse Normandie n'a rien de surprenant, pour deux raisons. D'abord depuis 1353 la

ans en ça ont esté mis sus es villes qui s'ensuivent, assavoir Melun, Joigny etc.... et généralement tous les autres qui puis le temps dessusdit avaient esté mis sus en notre royaume, avons révoqué, cassé etc...

¹⁾ Ce sont les greniers de Montdidier, Abbeville, St. Quentin, Péronne, Roy et Amiens.

²⁾ *Hist. de France*, LAVISSE-PETIT-DUTAILLIS, IV, 2^e p^{ie} p. 78.

³⁾ Rouen, Dieppe, le Tréport, Gisors, Caudebec, Neufchâtel, Vernon, Fécamp, Pontoise, Honfleur, Harfleur, Evreux, Louviers, Conches, Lisieux, Pont-Audemer, Bernay, Bayeux, Caen, Alençon, Falaise, Bellême, Exmes, Coutances, Avranches.

⁴⁾ Cab. des titres. vol. reliés 685 fol. 356 v^o; 357 r^o. et 419. r^o, (fr. 32511). Le ms. contient 6 listes de greniers remontant à 1475, 1479, 1480, 1483, 1491

Basse Normandie, limitrophe de la Bretagne a eu une vie politique distincte de celle de la Haute Normandie. Après la bataille de Poitiers, elle a été en fait soustraite au pouvoir du roi par les incursions des partisans de CHARLES DE NAVARRE, auxquels ont succédé les Anglais. Il ne serait dès lors pas surprenant que les greniers n'aient pas eu le temps de s'y acclimater. En outre le régime des greniers ne devait être que difficilement praticable à cause de l'usage ancien de la récolte du sel par le procédé du bouillon, sur toute cette côte depuis Caen jusqu'à la Bretagne ¹⁾. C'est aux régions de cette sorte que devait s'appliquer l'art. 12 des instructions sur la vente du sel de l'ordonn.^{ce} de janvier 1382 ²⁾. Au lieu du régime des greniers, c'est le régime des aides qu'on pratiquait. Le roi doit percevoir le quart du prix de vente du sel. Jusqu'en 1674, le Quart-bouillon a fait partie de la ferme des aides ³⁾. Le sel du bouillon suffisait à alimenter toute la Basse Normandie. Comme les circonstances ne donnèrent pas à la royauté durant le XIV^e et le XV^e s. le loisir d'imposer aux habitants le régime plus rigoureux du grenier, on comprend qu'ils aient pu sans grand peine conserver cette sorte de franchise.

La même pratique du bouillon se rencontrait à Touques, à l'embouchure de la rivière du même nom, près de Honfleur.

et 1493. Entre ces six listes il ya peu de différences et les 5 listes s'accordent à ne mentionner aucun des greniers de Basse Normandie cités plus haut : Avranches, Coutances et Bayeux.

¹⁾ La Normandie n'ayant pas une température assez chaude pour la maturation du sel, on usait du procédé suivant: on disposait des plages de sable fin de telle manière qu'elles fussent, aux hautes marées, recouvertes et imprégnées par les eaux. Après le retrait des eaux, le sable apparaissait recouvert d'une poussière blanche saline qu'on enlevait avec un râteau. On traitait ensuite cette poussière par l'eau qui la dissolvait; on filtrait l'eau et on récupérait le sel par ébullition. Voir *Encycl. méthod. Finances*. III. V^e quart-bouillon. p. 421. Le sel ainsi recueilli était blanc, comme le sel de Languedoc, par opposition au sel noir de Guérande (Bretagne) ou de Poitou. Mais il n'avait qu'une vertu saline très inférieure.

²⁾ Art. 12. Item semble qu'il serait bon qu'es lieux où bonnement ne peut être ordonné grenier pour cause des salines, comme toujours en aura chascun audit grenier, *et autre part en plusieurs parties du royaume, où l'on use de sel blanc*, l'on y mette une imposition de quatre sols pour livre, ou telle comme bon semblera à ceux qui seront commis sur ledit fait.

³⁾ MOREAU DE BEAUMONT, *III. mém.^e sur les gabelles*. Paris 1769, p. 98.

Mais les exploitations salines étaient beaucoup moins importantes qu'en Basse Normandie. On leur appliquait cependant aussi le même principe de l'impôt des cinq sous pour livre, ou quart-bouillon lors de la vente.

Reste enfin la Haute Normandie pour laquelle je ne saurais préciser la date de l'établissement des greniers. Elle remonte certainement plus haut que la reprise de la province sur les Anglais, en 1450. En effet en 1475 leur stabilité montre que les greniers y sont déjà traditionnels. Leur fondation n'aurait probablement pas passé inaperçue durant les années qui précèdent immédiatement: au milieu des luttes entre LOUIS XI et son frère, on se serait servi de cette fondation récente comme d'une arme au profit de l'un des adversaires ou contre l'autre. Et il n'en est question nulle part. Les Etats de la province n'y font aucune allusion ¹⁾. Si l'on doit reporter cette fondation au delà de 1450, il est vraisemblable qu'il ne faut guère s'arrêter à la période de la domination anglaise, trop troublée pour une telle innovation, et durant laquelle, d'ailleurs, on a conservé sans modifications les institutions françaises antérieures. J'inclinerais donc à penser que la royauté française a dû établir les greniers en Haute Normandie avant 1419, en même temps que dans les généralités de Languedoc et d'Outre-Seine et Yonne. Aucun document pourtant n'en donne la pleine certitude. Mais il est facile de constater que durant la seconde moitié du XIV^e s. la Normandie accorde à la royauté ce que lui concèdent les régions centrales ²⁾ et qu'elle vit en fait sous un régime tout à fait analogue.

¹⁾ Voir COVILLE, *Les États de Normandie*.

²⁾ Voir COVILLE, *États de Normandie*, pièces justificatives, n^o. XX. 1358, 30 sept.^e Paris. CHARLES régent, etc... les échevins et le commun de la bonne ville de Paris... nous ont octroyé gracieusement... item la gabelle du sel jusques à un an... qu'ils nous veuillent octroyer aide semblablement. B. N. fr. 25701. n^o. 148. Id. pièces justifiées XLIV. p. 395. Meaux 24 avril 1382 „CHARLES... comme à l'assemblée nagaires par nous tenue en notre chastel de Rouen... nous aient octroyé certaines aides... et 20 frans pour muid de sel au muid de Paris, faisons savoir que nous... avons donné pouvoir (à nos ames et féaux girart de Tournebut, le seneschal d'Eu, Estienne du Moustiers et Raoul Campion)... d'ordonner, commettre élus, receveurs, grénétiers, contrôleurs et autres officiers, partout et en tel nombre comme ils verront estre nécessaire... voir les états desd. receveurs et grénétiers quand bon leur sem-

L'histoire des gabelles en *Bourgogne* avant le XVI^e s. est à la fois mieux connue et bien plus accidentée qu'en Normandie. On sait qu'il y a lieu d'abord d'établir une distinction essentielle entre le duché de Bourgogne qui comprend la partie occidentale de la province avec Dijon ou Beaune comme capitale et la comté qui comprend la vallée du Doubs et la rive gauche presque entière de la Saône, depuis son confluent avec le Doubs, en remontant vers sa source. La capitale, en faisant abstraction de Besançon qui est ville d'Empire, était Salins. Les deux régions ont été soumises à la même domination jusqu'en 1493 ¹⁾. Mais après être restées aux mains du duc de Bourgogne jusqu'en 1477, elles sont tombées toutes deux ensemble sous la domination de LOUIS XI, après la mort de CHARLES LE TÊMÉRAIRE. Durant cette période où les deux Bourgognes sont soumises à la même souveraineté, elles ont pourtant conservé chacune son autonomie au point de vue du droit public, ses états et sa juridiction souveraine distincte, de même qu'au point de vue du droit privé les coutumes du duché étaient différentes de celles de la comté. En 1493 par le traité de Senlis, le roi CHARLES VIII restitua à l'Empereur MAXIMILIEN la comté qui ne devait faire retour à la France que sous LOUIS XIV. Je ne parlerai donc ici que du *duché* puisque c'est seulement durant 16 ans que la comté a appartenu au roi de France et qu'on peut négliger pour le moment cette courte période.

Une des particularités importantes de la Bourgogne au point de vue des gabelles, c'est que cette région contient d'importantes exploitations salines dont le centre est la ville de Salins dans la comté. Comme on le fait encore aujourd'hui, on inondait la mine de sel, on recueillait l'eau quand elle était saturée et on récupérait le sel en évaporant l'eau dans de grandes chaudières dont la principale portait le nom de Rosières, d'où l'appellation de sel

blera..." On pourrait rapprocher avantageusement cette ordonnance normande des Instructions du 21 janv. 1382 art. 3 et aussi de l'ordonnance générale de 1342 (20 mars. Ord. L. II. 179).

¹⁾ La comté n'est tombée sous la domination du duc PHILIPPE LE HARDI qu'à la mort de LOUIS LE MALE (janv. 1384). Cette restriction n'a pas grande importance au point de vue des gabelles puisque les principaux règlements qui y ont trait sont postérieurs à cette date. Voir l'histoire de Bourgogne de DUNOD.

de rosières qu'on rencontre souvent ¹⁾. Les salines appartenaient au duc ou, tout au moins, il en avait le contrôle. Tant que dura la domination bourguignonne, le duché devait s'approvisionner de sel à Salins. Aucune ordonnance après 1477 ne semble avoir libéré le duché de cette obligation. Pourtant les ordonnances depuis 1483 (8 mars) ²⁾ et 1485 (1^r février) établissent un tarif de taxation différent pour le sel de Salins et le sel de mer, ce qui suppose bien l'entrée du sel de mer dans la province. Après 1493 il est probable que le sel de mer se substitua peu à peu au sel de Salins: le roi ne semble pas y avoir attaché d'importance, peut être à cause des particularités du régime des gabelles en Bourgogne.

Tout ceci connu, voici ce que nous relatent les ordonnances au sujet de l'établissement des gabelles en Bourgogne. Après les Etats-généraux de 1355, les Etats de Bourgogne, assemblés à Chatillon sur Seine, puis à Dijon et à Sens se refusèrent „à rien innover... ni introduire aucuns droits onéreux” ³⁾, par conséquent repoussèrent l'établissement des gabelles. En 1368 le roi fit une nouvelle tentative, également infructueuse ⁴⁾. Pourtant, deux ans

¹⁾ Voir pour quelques détails d'exploitation: MOREAU DE BEAUMONT III, p. 195, etc. On distinguait deux sortes de sel: le sel dit *ordinaire* pour la consommation de la comté, réparti d'après d'anciens rôles de la Chambre des Comptes de Dôle et le sel *extraordinaire* ou *rosières* destiné à l'exédent de la consommation de la province et à l'exportation dans les provinces voisines. Enfin on rencontre dans les ordonnances une autre dénomination, celle de sel *lombard* (Lettres patentes du duc PHILIPPE. 24 juin 1460. *Recueil des Edits, déclarats... des Etats de Bourgogne* I, p. 113. Dijon 1774. Pour le détail de l'histoire et de l'exploitation des salines avant le XVI^e s. on trouverait de précieux renseignements dans les nombreux mss. de la Biblioth. de Besançon qui se rapportent à Salins, notamment dans le Cartularium Salinense (*Catal. gén. des mss. des Bibl. publ. de France*, Besançon, tome II¹, p. 495) et dans les registres de l'Hotel de ville de Salins (*Cat. gén. I*, p. 729; analyse des délibérations de 1471—1507).

²⁾ Lettres pat. du roi CHARLES VIII sur la demande des Etats par lesquelles le roi supprime: 1^e les 4 sols tournois imposés sur chaque charge de sel... et les 40 sols imposés sur chaque muid de sel de mer pour le même objet. *Recueil des Edits... des Etats de Bourgogne*, I, p. 259.

³⁾ Eod. loc. I, p. 36 et 37.

⁴⁾ Eod. loco. p. 52, „les commissaires du roi ayant voulu établir dans le diocèse d'Autun et dans celui de Chalons la gabelle du sel... qu'on levoit dans les autres provinces, le duc PHILIPPE leur écrivit... que ces impôts ne

après, les habitants accordèrent en pur don la gabelle du sel, non pas au roi, mais au duc et seulement pour 2 années ¹⁾. Les greniers durent être établis à cette époque, probablement comme dans le royaume, car, au bout des 2 années concédées, les gens du pays, déjà fatigués de la gabelle se refusèrent à la renouveler et proposèrent au duc, comme compensation, une redevance annuelle de onze mille francs d'or, moyennant l'octroi par le duc au pays du droit de *lever à son profit* pendant un an „les deux sols pour livre provenant de la vente du sel qui se fera **dans les greniers du duché**” ²⁾. Sur le fonctionnement des greniers à ce moment, nous ne savons rien. La même permission fut renouvelée souvent: on en retrouve la mention dans les comptes de 1378 et 1379. La gabelle n'est plus, à proprement parler, du domaine du duc: elle est tombée dans celui des Etats. Peut-être le duc ne s'est-il pas trop vivement soucié d'en recouvrer le profit parceque c'est à ce moment qu'il fait main-mise sur la comté et sur Salins: il peut par eux obtenir du sel tout ce qu'il veut. Nous ne savons plus rien du droit de gabelle en Bourgogne jusqu'en 1460, 1462 et 1465 où elle fait l'objet d'une réglementation abondante. Les lettres patentes du 24 juin 1460 constituent une transaction entre le Duc et les Etats: il percevait auparavant sur la province une aide du huitième des vins et de 12 deniers pour livre sur la vente de toutes les denrées, auxquels il fallait ajouter une gabelle établie durant ces 80 dernières années et dont je ne trouve trace nulle part ailleurs, montant à 1 denier $\frac{5}{6}$ par salignon de sel pris aux greniers (environ 9 livres 2. s. 6 d. par muid de sel). Les Etats à ce moment rachètent les aides au duc et lui cèdent les deux sols pour livre, levés auparavant au profit du pays sur le sel, auxquels ils ajoutent, comme prix des aides abolies, une gabelle nouvelle de 5 deniers $\frac{1}{6}$ par salignon ce qui au total permet au duc de percevoir une gabelle totale de 8 deniers tournois par salignon. Le montant total est élevé: on en jugera si on calcule

devaient point avoir lieu dans le duché. Les commissaires... accordèrent un sursis... sous condition d'un ordre du roi... Le Duc obtint un ordre de sa majesté et le leur envoya à Châlons... au mois de mai 1368.

¹⁾ Eod. loco p. 54.

²⁾ Eod. loco. p. 55.

que cela correspond à une gabelle de 40 livres au muid, au lieu des 14 livres 2. s. 6. d. auxquels s'élevait antérieurement la double gabelle des Etats du duc ¹⁾. Je ne sais si, en acceptant cette transaction, les Etats étaient au courant du traité que le duc avait signé quelques années auparavant au sujet des mêmes gabelles et qui devait être l'origine de nouvelles difficultés ²⁾. A la date du 10 août 1456, mais pour n'entrer en exécution qu'en 1459, était intervenue une convention entre le duc et certains marchands relativement au fournissement des greniers du duché ³⁾. Le duc avait en effet concédé le monopole de ce fournissement pour huit ans, moyennant l'obligation pour les marchands de lever chaque année à la saunerie des Salins au moins 10000 charges (soit 400 muids) de sel, afin que les greniers du duché fussent à l'abri de la disette, et plus s'il le fallait; et celle de payer au duc, en plus du prix du sel enlevé, 8000 écus d'or à certains termes fixés. Le duc y trouvait cet avantage d'assurer du même coup l'approvisionnement du duché et le travail régulier des salines, sans compter les écus d'or dont il profitait. Il recevait ainsi des deux mains: comme duc, le prix du bail de fournissement; comme comte et propriétaire des salines, le prix du sel qu'on s'engageait à enlever. Le résultat fut lourd pour les habitants du duché, car les marchands, n'étant soumis à aucun contrôle dans les greniers qu'ils étaient seuls à fournir ⁴⁾, augmentèrent le prix de vente du sel „sous ombre des charrois des sels d'iceux nos greniers que lesd. marchands disent être de très grans frais, comme de 10 gros la charge et plus, selon que nos

¹⁾ Eod. loc. p. 112 et suiv. Les mesures usitées à Salins sont le salignon, la bénaste et la charge. La bénaste contient 12 salignons; la charge = 4 benastes et enfin le muid = 25 charges — ou 1200 salignons.

²⁾ On ne le croirait pas à la lecture des let. pat. du 2 janvier 1465; eod. loc. p. 147. „Depuis lequel bail et octroi... les gens des trois états nous ont fait exposer comment par l'abolicion générale... des gabelles, huitièmes et impositions ayant lors cours... et compensation... espérans que par ce moyen... greniers seraient suffisamment fournis de sel à bon et raisonnable prix, toutes-fois il est advenu... les dits marchands ont mis et tenu le sel... à bien hault prix...”

³⁾ Elle est citée dans les l. pat. du duc PHILIPPE LE BON du 2 janvier 1465. Eod. loc. p. 346 in fine.

⁴⁾ Les lettres pat. n'en prévoient aucun.

viles où sont nosdits greniers sont loingtains dudit salin" ¹⁾. Tant enfin que les Etats durent s'en inquiéter et conclure une nouvelle transaction avec le duc. Comme on pensait trouver aisément des „gens notables qui seraient contens d'entreprendre le fournissement à meilleur marché de charroy", on obtint du duc qu'à l'expiration du bail il permettrait aux Etats de faire crier et publier par toutes les bonnes villes la mise en adjudication du fournissement pour être accordé au plus offrant ²⁾. L'adjudicataire devait assumer les charges qu'avait acceptées le preneur originaire vis à vis du duc. Le duc consentait à fixer le prix invariable du sel au salin (24 sous estevenans par charge) ³⁾ et les Etats lui accordaient pour une fois une aide de 10000 écus d'or payés à la Noël 1467 ⁴⁾.

Ce sont tous ces textes qui constituent la base du régime des gabelles dans le Duché de Bourgogne et comté de Charolais ⁵⁾. La dernière transaction fut confirmée en 1457 (4 octobre) par le nouveau duc CHARLES: on paraît même avoir ajouté aux 10000 écus d'or antérieurement promis, 10000 francs octroyés au nouveau duc personnellement ⁶⁾. La domination française se substitua à la bourguignonne sans rien changer à l'état de choses antérieur. Au moment de sa prise de possession, LOUIS XI confirma les franchises de la province et tout spécialement „le privilège, octroyé par le feu duc PHILIPPE, touchant le fournissement des greniers

¹⁾ Eod. loc. p. 147.

²⁾ p. 149.

³⁾ p. 150.

⁴⁾ p. 152.

⁵⁾ Je ne puis ici fixer avec détails les limites du duché de Bourgogne. Elles ont varié. Au nord elles englobent Langres et Bar sur Seine; à l'ouest elles comprennent l'Auxerrois et gagnent la rive droite de la Loire à hauteur de Cosne, traversent même le fleuve pour descendre directement au sud et prendre la direction du plein est, un peu au nord de Moulins. Au delà du Bourbonnais, elles englobent le Charolais, suivent la Saône jusqu'à Lyon qu'elles laissent au roi. En 1468, à Péronne, le roi LOUIS XI dut confirmer le don des greniers à sel et des gabelles du Mâconnais accordé au duc en 1435 et qu'on avait différé d'exécuter. Par lettres patentes du 14 octobre 1468 (Ord. L. XVII p. 129) LOUIS XI reconnaît le droit du duc d'imposer aux habitants de Mâcon et du comté le cours du sel de Salins (comme du vivant de notre père et de notre aïeul le roi CHARLES VI) et interdit perpétuellement et à toujours le cours du sel de Peccais et tout autre sel tant de Province, de nos royaumes et Dauphiné que autres....

⁶⁾ p. 153.

à sel dudit pays, pour icelluy bailler aux plus ravallans" ¹⁾. CHARLES VIII, dix ans après, ratifia les promesses de son père, en accédant au trône ²⁾. Malgré ces confirmations successives, sous LOUIS XI l'administration royale toléra une crue sur le sel mise par les marchands fournissans les greniers à sel ³⁾ et perçut au profit du roi, sans autorisation des Etats, un supplément de gabelle de 4 sols tournois par charge de sel de Salins (ce qui fait 100 sous par muid) et de 40 sous sur chaque muid de sel marin. C'était manifestement une tentative pour assimiler la Bourgogne aux pays royaux de gabelles. La minorité de CHARLES VIII fournit aux Etats l'occasion de rejeter ces aggravations de charge. Deux ordonnances rendues à la suite des réclamations portées aux Etats-Généraux de Tours par les représentants de la province restaurèrent l'état de choses antérieur. ⁴⁾ D'ailleurs, cette satisfaction donnée au principe de l'autonomie provinciale, la royauté ne tarda pas à obtenir de la province, de son plein gré, le supplément de gabelle qu'elle avait dû abandonner. Le 1^r février 1485 les Etats accordèrent au roi une crue de gabelle de un denier par salignon de sel de Salins (= 100 sous par muid) et de dix deniers par minot de sel marin (= 40 s. per muid) — destiné aux gages des officiers du Parlement de Dijon, dont le roi augmente le nombre ⁵⁾. Toutefois cet édit de CHARLES VIII appelle deux remarques: 1°. ce seront les élus qui établiront et feront lever la crue. 2°. le produit en sera directement versé entre les mains du receveur commis à faire le paiement des gages des officiers. Les élus dont il est question ici sont des fonctionnaires des Etats ⁶⁾. Ils se

¹⁾ Lettres Mars. 1476. art. 22. eod. loc. p. 189.

²⁾ Eod. loc. p. 233. Nov. 1483.

³⁾ p. 242.

⁴⁾ Lettres du 5 nov. 1483. p. 242 et Lettres du 8 mars 1483, art. 1 et 2 p. 260. Id. Arrêt de la Ch^e des comptes de Dijon enregistrant les lettres 10 mars 1483. p. 264. et 26 Avril 1484. p. 281.

⁵⁾ V. d'abord les lettres royaux qui convoquent les Etats de la province. Elles déterminent exactement l'aire d'application de la crue: Duché de Bourgogne, comtés de Maconnais, Charolois, Auxerrois, vicomté d'Auxonne. Terres d'Outre Saône et Ressort de St. Laurent. 6 dec. 1484. p. 287. — Edit du roi Ch. VIII à la demande des Etats de Bourgogne. 1^r. février 1485. p. 291 et suiv.

⁶⁾ „Avons consenti... et donnons congé et licence... que lesdiz esleuz en notredit duché.... puissent faire imposer et mettre sus.... p. 292, 293.

réunirent pour l'exécution de l'édit et après qu'il leur fut „apparu que la crue est faite *du consentement de la plus grande et saine partie des gens desd. Etats*” mandèrent aux grénétiers et contrôleurs des greniers à sel desd. duché de Bourgogne et comté de Charolois, au Trésorier de Salins qui tiendra le compte du sel . . . vendu audict comté d'Auxonne, Terres d'outre-Saone et Ressort de St. Laurent „de lever la crue” sans que ladite crue ne touche ni concerne en rien le fait des domaines et finances du roi” ¹⁾. L'autorité des Etats sur les impôts demandés à la province et tout spécialement sur les gabelles non seulement survit à l'annexion au royaume, mais, après une courte éclipse sous LOUIS XI, apparaît plus expressément reconnue qu'auparavant. Le XVe s. s'achève même sur une dernière confirmation de cette autorité par LOUIS XII à son avènement ²⁾.

Voilà les textes législatifs qui régissent les gabelles en Bourgogne jusqu'à la fin du XVe siècle. Il n'est peut être pas inutile de s'arrêter un instant pour dégager les traits essentiels de ce régime et les rapprocher de ceux qui caractérisent les gabelles dans le domaine royal. Le grand point de ressemblance c'est que ici et là on rencontre des greniers ³⁾, entrepôts de vente du sel; que chaque grenier est régi ici et là par un grénétier et un contrôleur et approvisionné par des marchands pour le compte desquels le sel est vendu par le grenier. On a dû très aisément appliquer ici les règles des ordonnances royales relatives à la descente du sel et aux rapports entre grénétiers et marchands. De même encore les officiers du grenier perçoivent au moment

¹⁾ Dernier février 1485. Consentement et ordonnance de M. M. les *Elus généraux* pour l'exécution de l'Edit p. 294 et suiv.

²⁾ juillet 1498. Edit du roi LOUIS XII, art. 5. p. 310. Item que ensuivant leursd. privilèges, les gens de nos comptes à Dijon ne puissent désormais hausser les prix du sel aux marchands fournissans les greniers des. païs, sans appeler lesd. gens des Etats et par le consentement d'eux ou leursd. commis ou députez . . .

³⁾ M. JACQUETON, op cit. p. 287 a donné d'après un document des archives de la Côte d'or (B. 1800) une liste des greniers de Bourgogne. Elle comprend 22 greniers: il en faudrait retrancher au moins Salins et Noyers, car la liste est antérieure à la restitution de la comté faite en 1493 par CHARLES VIII à MAXIMILIEN.

de la vente du sel au profit du roi en France, au profit du duc en Bourgogne, une gabelle octroyée ici par les Etats et s'élevant à 40 l. par muid de sel, même à 45 l. si on y ajoute la crue postérieure. Le droit du duc est plus élevé que celui du roi dans la France centrale.

Mais ceci constaté, il reste quelques différences qui ne sont pas sans intérêt.

Et d'abord de toutes les ordonnances que j'ai analysées, aucune n'a trait ni à la surveillance du transport du sel par le marchand du salin au grenier, ni à la répression de la contrebande. Enfin si on sent bien que les habitants vont habituellement prendre le sel au grenier, pourtant aucun texte ne leur en fait expressément une obligation. A la réflexion, ces différences s'expliquent. Elles tiennent à ce que le droit du duc s'exerce en Bourgogne non seulement au moment de la vente du sel par le grénétier, mais aussi et d'abord au moment de l'enlèvement du sel au salin. Rien ne rend la fraude plus difficile que ce contrôle exercé au salin. Il est en effet bien facile de s'assurer par une simple comparaison des sorties du salin et des arrivages aux greniers, que tout le sel enlevé au salin passe par le grenier où il est grevé de la gabelle octroyée sur la vente. Pour que le sel consommé échappe aux droits dont il est chargé, il faut qu'il soit importé du dehors, qu'il vienne d'ailleurs que de Salins. Or d'où pouvait-il bien facilement et utilement venir? La concurrence du sel marin devait être peu redoutable, eu égard à la difficulté et au prix élevé du transport. Et en outre il est assez facile d'en surveiller l'entrée dans la province par ce qu'il se reconnaît facilement. Tout cela explique que la contrebande ne joue pas ici un rôle aussi important qu'en France. Voici en outre une autre conséquence de cette même situation. Dès qu'on est à peu près sûr que les habitants n'auront à leur disposition que du sel du duc, peu importe où ils le prennent. Les greniers sont établis surtout pour la commodité des habitants et afin d'éviter la disette: on pourrait s'en passer en percevant toute la gabelle à la sortie du salin. C'est pour cela que la réglementation des greniers est bien moins étroite que dans les pays du roi. Et notamment *on n'a assigné à chaque grenier aucune circonscription déterminée*: chacun prend son sel au grenier qui lui convient. Cela résulte notamment

d'une curieuse ordonnance de LOUIS XI que je veux analyser ¹⁾. Dès que LOUIS XI fut en possession de la Bourgogne, il ne manqua pas de lui appliquer, malgré ses promesses, les procédés fiscaux assez rudes de l'administration royale. Les grénétiers eurent ordre de percevoir sans faiblesse le droit de gabelle. Peut être même est ce à cette époque qu'on y ajouta subrepticement quelque crue. Les habitants ne réclamèrent pas de suite ²⁾.

Mais il se trouva qu'une circonstance assez inattendue vint signaler cette dureté. LOUIS XI, sans doute pour payer quelques services rendus à l'occasion de l'annexion, avait fait don de quelques greniers situés en Bourgogne. Les bénéficiaires, voulant accroître le rendement de leur grenier, s'avisèrent d'offrir à qui voudrait du sel à un prix inférieur à celui qu'en exigeaient les greniers du roi. Comme les greniers n'avaient aucune circonscription déterminée, habitants et marchands du voisinage désertèrent les greniers du roi pour aller s'approvisionner au grenier donné. Quand le roi en eut été averti, il s'irrita de cette sorte de concurrence déloyale de ses donataires et prescrivit à ses officiers 1° de veiller que les greniers „dont avons fait don . . . doresenavant ne vendent aucun sel à quelque personne que ce soit étant hors des limites de leurs greniers”; 2°. de faire en sorte que les grénétiers et contrôleurs de grenier dont avons fait don . . . ne vendent sel . . . que ce ne soit par votre lettre et au prix qui par vous sur ce y aura été mis et donné”; 3°. de „contraindre par toutes voies et manières dues et raisonnables, tant les habitants d'iceux greniers . . . dont avons fait don . . . que autres, à prendre sel es greniers dont ils sont et eux en fournir selon que verrez . . . que besoin sera en avoir à un chacun pour la provision de chacune année . . .” On saisit nettement par cet incident la différence des deux réglementations, la bourguignonne et la française que LOUIS XI s'efforce d'imposer en Bourgogne. Qu'advint-il de l'ordonnance de LOUIS XI? Je ne puis le dire. Pourtant il se pourrait qu'on n'en ait pas tenu longtemps compte,

¹⁾ Lettre concernant la vente du sel en Bourgogne. Arras 15 Sept.^e 1477. L. XVIII. p. 291.

²⁾ Ce sont des augmentations de cette sorte que relatent en 1483 les Lettres de CHARLES VIII qui les abolissent, voir plus haut.

étant donné que depuis 1483 les Etats se sont attachés à faire disparaître les changements que la royauté avait apportés de son propre mouvement au régime et au taux des gabelles (voir ci-dessus p. 155)¹⁾.

Les deux différences à signaler sont trop visibles pour que j'y insiste. L'une a trait au fournissement des greniers qui n'est plus laissé à la libre initiative de tous les marchands, mais est confié par la voie de l'adjudication au monopole d'un fermier. J'aurai à raconter plus tard une tentative à l'instar de ce régime faite pour les greniers de France au début du XVI^e siècle.

L'autre enfin provient de l'autorité encore grande des Etats. Dans les années qui vont suivre, elle diminuera très rapidement.

Reste enfin le dernier pays de greniers, le *Languedoc*. C'est au cours du XV^e siècle que l'organisation des gabelles y acquiert quelque stabilité. Mais son origine y remonte plus loin dans le passé que nulle part ailleurs en France.

Le droit sur le sel s'y est présenté d'abord sous la forme d'un droit seigneurial, d'une banalité. Dès le XIII^e siècle le roi était seigneur du salin de Carcassonne²⁾ et c'est peut être dans l'or-

¹⁾ *L'Encyclopédie méthodique. Finances*, tome II, p. 408. 2^e col.^e Paris 1783 dit: „Par un privilège particulier à la Bourgogne, les greniers de cette province n'ont point d'arrondissement déterminé: tout particulier peut s'approvisionner de sel où bon lui semble". Mais elle ne cite aucune référence comme preuve; c'est à cause de cela que je n'ai pas osé user au texte d'une affirmation aussi formelle. Les juridictions ont pourtant des ressorts déterminés.

²⁾ BOUTARIC, *La France sous Philippe le Bel*, p. 252. Ordre au sénéchal de Carcassonne de faire observer la coutume du salin de cette ville. 1298. Les ordonnances du Louvre datent le texte auquel BOUTARIC fait allusion du 16 janvier 1099 (XI. p. 175). Je ne sais pourquoi BOUTARIC préfère la date de 1298. Le document prescrit au sénéchal (y avait il un sénéchal en 1099?) de ne pas supporter que le sel de Narbonne ou de Séjan soit porté au delà du pont de Petra vers Limoux, ni au delà du fleuve Atacis — ou que le sel de Roussillon venant à Fenolhède se détourne du chemin du salin de St. Paul; il interdit aux hommes de Fenolhèdes, de Castrum Fidele, de Canderiis, de An-sato etc. de vendre du sel aux étrangers au préjudice des salins du roi ou de laisser entrer le sel étranger sur la terre du roi. En écartant ce document, le texte le plus ancien que nous possédions sur ce salin remonte au 22 février 1296 (ord.^{ces} L. I. p. 720). C'est un vidimus du roi PHILIPPE LE BEL qui relate une tentative faite par le roi pour augmenter ses droits. Antérieurement et de temps immémorial, les habitants de la sénéchaussée de Carcassonne

ganisation de ce salin que la royauté a trouvé sa première expérience. Il ne convient pas de s'y attarder ici. Mais il faut tout de même retenir de cette première phase de l'histoire des gabelles en Languedoc que le roi, producteur de sel, devait être bien tenté d'imposer à la province environnante la consommation de son propre sel par préférence à celui des voisins. La raison du monopole de vente ici n'est plus comme au Nord l'intérêt général des consommateurs auxquels le roi veut éviter la disette: c'est très exclusivement l'intérêt du roi. La première tentative faite à l'occasion du salin de Carcassonne avant 1320 paraît avoir échoué.

de la région de Quilhan étaient en possession du droit d'acheter leur sel au moment et en quantité qui leur convient à Styano. Le sel suit un parcours déterminé par la Villa Sicca, la villa Rubea et Felinas où on paie la leude au roi . . . jusqu'à Coinsanum où on paie la leude au seigneur de Vitims . . . Un ordre du sénéchal de Carcassonne interdit à cette région d'acheter ou de recevoir du sel d'ailleurs que du salin du roi. Les habitants protestent. Le tout se termine par une transaction assez peu claire qui décide qu'à l'avenir les habitants feront leur provision de sel de la fête de la Vierge de septembre à la Toussaint et le feront passer par le pont de Sperazano, qui est dans une villa royale. Ils seront seulement tenus de prêter devant le bayle du roi ou le lieutenant du formier un serment corporel pour affirmer qu'ils ne prennent de sel que la quantité qui leur est nécessaire, qu'ils n'en exporteront en dehors des limites des villas aucune partie, ne posséderont ni n'achèteront aucun salin et se borneront, s'il le faut, à des échanges entre eux, sans fraude. Le sanction de la fraude est celle qu'édicte la Coutume du salin de Carcassonne (4 den. tourn. d'amende par charge d'âne et 6 den t. par charge de mulet).

On y saisit bien déjà la politique du roi qui tend à imposer aux habitants de la circonscription de ne se fournir de sel qu'au salin du roi, ou au moins à restreindre la consommation du sel d'une autre provenance. Vingt cinq ans plus tard (1320) intervient une autre transaction de portée plus étendue et qui s'applique à tout le district du salin de Carcassonne (*Ord. L. I. p. 717 et suiv.-nov. 1320*). Nous sommes à une période de réaction contre l'autorité royale. La province est excédée de toutes les entraves apportées à la liberté du commerce et s'insurge contre les tentatives antérieures de monopole. A la suite de difficultés que nous ne connaissons pas, un traité intervient entre les communautés du district du salin et les réformateurs royaux envoyés par le roi en Languedoc. Le roi demande de l'argent: on lui en donnera, et la transaction contient une curieuse organisation forfaitaire des fouages (on taxe la région à 500 feux payants par 50000 habitants, chaque feu payant 60 sous petit tournois pour une valeur de 100 sous grand tournois ou plus). Mais en même temps elle écarte le monopole du roi sur le sel, rend à la population

Mais dès la fin du XIII^e s. l'acquisition faite par la royauté du salin de Peccais¹⁾, (à côté d'Aigues-Mortes) de beaucoup plus important que celui de Carcassonne, devait fatalement pousser le roi à la renouveler. En même temps qu'il établissait les greniers dans le Nord, PHILIPPE DE VALOIS envoya des commissaires dans la sénéchaussée de Beaucaire et le bailliage de Mâcon, pour y imposer la gabelle, ordonnée dans tout le royaume²⁾. Comme auparavant dans la sénéchaussée de Carcassonne, l'institution rencontra de grandes résistances³⁾. Elle subsista cependant, mais sans acquérir son plein développement avant le XV^e siècle⁴⁾.

son droit d'acheter ou revendre son sel à qui elle voudra, de l'exporter au dehors, de l'importer de l'étranger à son gré, par terre ou par eau, moyennant un droit payé une fois pour toutes au roi à son salin de Carcassonne. On renonce même pour calculer ce droit au procédé du mesurage: le droit est fixé d'après la force habituelle de celui qui porte la charge (2 sous tournois pour la charge d'un cheval ou d'un mulet; 18 deniers pour celle d'un âne; 4 sous pour un charroi; 4 deniers t. pour la charge d'un homme et 2 deniers pour celle d'une femme). Cette transaction même ne fut acceptée par la population qu'après quelque résistance: on en trouvait sans doute la compensation offerte au roi trop onéreuse. C'est pour cela que les diverses régions qui environnent Carcassonne ne l'ont signée que successivement et après avoir les unes et les autres réduit diversement le taux des redevances promises au roi.

¹⁾ Le roi acheta en 1290 le salin de Peccais à Raymond d'Uzès pour 350 livres de rente. VAISSETTE, *Hist. du Languedoc*, tome IX p. 250. XVIII.

²⁾ VAISSETTE, *Hist. du Languedoc*, Preuves X. cc. 887—891.

³⁾ Protestations des habitants de Montpellier et de Nîmes VAISS. *Hist. du Languedoc*, X. cc. 654—655. MÉNARD, *Hist. de Nîmes*, II. p. 117—123. Id. VAISS. X n^o. 345. XCVII. 27 juillet 1341. La résistance à l'interdiction faite aux maîtres des salines de vendre le sel à leur gré et aux habitants ou aux marchands de le leur acheter se fonde sur cette double raison qu'on enlève indûment au propriétaire la libre administration de sa chose et qu'on impose aux habitants une nouvelle servitude, sans que ni l'un ni les autres y aient consenti. Les habitants et l'évêque du Puy obtinrent pour leur ville le retrait de l'ordonnance (arch. Hérault. Reg. Nîmes I. 182, 183.)

⁴⁾ C'est en 1359 que la gabelle fut établie avec le consentement des Etats (4 gros tourn. sur chaque quintal). Les instructions dressées à cette occasion interdisent à toute personne de transporter hors de Languedoc du sel qui n'aurait pas payé la gabelle au salin d'où il est tiré ou en un autre lieu désigné par les officiers gabelliers. (VAISS. IX. p. 692.) Des conservateurs furent nommés par les Etats pour veiller à cette levée. Prorogation de la gabelle qui expirait à Noël, pour deux ans, aux Etats de Carcassonne (mi. septembre 1359. VAISS. IX. p. 703). Le traité de Brétigny (mars 1360) réduit en fait le Lan-

Ce qui fait la complexité de l'organisation des gabelles en Languedoc, c'est que l'institution des greniers que nous connaissons, instruments du monopole de la vente du sel, s'est surajouté à une surveillance de la production de la même denrée. Il faudra dès lors étudier le droit du roi sur le produit lui-même dont son droit seigneurial donne au roi la propriété; les rapports du roi avec le titulaire du domaine utile, l'ouvrier ou laboureur du sel; puis l'organisation du monopole de vente; et enfin l'exportation par le roi ou au profit du roi dans les pays étrangers.

À suivre.

guedoc aux trois sénéchaussées de Toulouse, Carcassonne et Beaucaire. Après quelques alternatives, les Etats de Béziers janv. 1362 prorogent encore pour deux ans la même gabelle (VAISS. IX. p. 731), tandis que Toulouse ne consent à payer une part dans la rançon du roi que si on révoque le quint de la gabelle. La gabelle promise par les Etats fut affirmée par eux (mai 1362 VAISS. XI. p. 735 et avril 1363 Cf. Lettres du roi portant homologation des délibérations des Etats des sénéchaussées de Beaucaire et de Nîmes assemblés à Villeneuve les Avignon. 20 avril 1363. Ord. L III p. 620. VAISS. p. 754). Puis on perd presque la trace de la gabelle jusqu'en 1383. (pourtant 29 janv. Etats de Béziers y font allusion. VAISS. IX p. 829); en 1367 il semble que la gabelle est déjà établie et fonctionne en Languedoc tandis qu'elle n'existe pas en Dauphiné: les étrangers voiturèrent le sel à travers le Dauphiné pour le faire entrer en fraude dans les provinces du Nord. Ord.^{ces} L. V. p. 103; en 1378 les Etats l'accordent au profit du duc et de la duchesse d'Anjou. VAISS. p. 865—6. Enfin en 1380 les Etats consentent une double gabelle (VAISS. p. 879.); c'est à cette époque que les Etats de Lyon fixent la gabelle à 24 francs par muid.

THE LEGAL BACKGROUND OF DEMOSTHENES' SPEECH IN ZENOTHEMIS V. DEMON

BY

SIR PAUL VINOGRADOFF.

The interpretation of Demosthenes' speech against Zenothemis is beset with many difficulties; the final sentences are missing; the course of the affair which gave rise to the trial was a complicated one and it is particularly difficult to disentangle the facts which are juridically relevant from the incidents dwelt on by the speaker with a view to create an impression in favor of his client. One of the commentators (PHILIPPI) has declared with good reason that the speech against Zenothemis is the most perplexing of Demosthenes' orations. This „crux interpretum" has excited special interest among students and much ingenuity has been exercised by well known writers: A. SCHÄFER, THALHEIM, KENNEDY, PHILIPPI, DARESTE, LEIST, BEAUCHET, MITTEIS, RABEL, LIPSIVS — have tried to solve the riddle, and we can hardly wonder at their insistence when we consider that very important points in our doctrines as to Athenian procedure and substantive law depend on its right interpretation.

I should like to offer certain considerations on the subject in the hope of receiving advice from trained philologists and jurists, the more so as my own tentative conclusions differ in certain respects from generally accepted views.

I may start with the remark that the question as to the attribution of the Speech to Demosthenes does not concern us in so far as it is a matter of personal biography: SCHÄFER and LIPSIVS deny the authorship of Demosthenes while DARESTE and MITTEIS

admit it. One thing seems certain: even if the speech should have been composed not by Demosthenes but by some other pleader, it is a contemporary one and is based on the facts of a real trial, not on the inventions and exercises of a school of rhetoric: the details related are too minute, their setting too concrete to justify the suspicion that we have to deal with an artificial concoction. This is, of course, of material importance, because the inquirer feels on solid ground at least in this respect and need not reckon with scholastic blunders or fictions.

The principal *dramatis personae* in the case are: Demon, an Athenian man of business, Protos, a commissioner or agent engaged in the corn trade, Hegestratos, a skipper from Massalia, Zenothemis, a Massaliot ¹⁾, passenger in Hegestratos' ship, Aristophon, an agent from the Piraeus employed by Demon and other Athenian capitalists.

Hegestratos' ship sailed from Athens to Syracuse after the skipper had procured a loan from Athenian capitalists on the security of the ship's hull and armament. Besides this, one of the passengers, Protos, had obtained a sum of money from Demon with the view of buying corn in Sicily and bringing it back to Athens. These transactions had been concluded on the usual conditions of maritime loans, that is, at a high rate of interest, but at the risk of the lenders in case of shipwreck. In Syracuse PROTOS bought the corn and had it loaded on the ship. In the meantime Hegestros and Zenothemis borrowed money from some of their countrymen of Massalia and offered as security the ship and its cargo: the sum obtained was forwarded to Massalia. When the ship had sailed on the return journey Hegestratos tried to sink it in order to get rid of all obligations: he perished in the attempt while the ship, though damaged, reached Cephallenia. After the necessary repairs it proceeded by order of the Cephallenian authorities to Athens, although Zenothemis sought to obtain leave for it to return to Massala. On the ship's arrival

¹⁾ DARESTE describes him as Hegestratos' mate — „second” — because he is called *ὑπερέτης* in one passage of the speech. But as Zenothemis is mentioned later on as „ὑπεράτης”, evidently in the sense of passenger, the word *ὑπερέτης* must have been used before in a strain of rhetorical contempt as „retainer”, „underling”, and not in the sense of „mate”.

in Athens, the creditors who had lent money on the hull entered into possession and Protos wanted to take away the corn, but was opposed by Zenothemis, who claimed it as security for a loan made by him to Hegestratos. In the ensuing trial Protos after having offered in vain to abide by the testimony of the merchants and customhouse officials in Syracuse made default on the day of the trial, and judgement was pronounced against him *in contumaciam*. Demon, who had laid hands on the corn as the security for his loan to Protos, met Zenothemis' suit by the speech under discussion.

This fragmentary speech was delivered in support of a „special plea” (*παραγραφή*) by which the defendant, Demon, sought to prevent the plaintiff Zenothemis from being received to argue his case in court, on the ground that there was no contract between them and therefore no basis for a commercial trial. (*ἐμπορική δίκη*). It is evident from Demon's statements that the plaintiff's contention was that although he had no agreement with Demon, the latter had infringed the law by seizing goods which had been brought to Athens for sale under another agreement. It is not necessary to discuss the question how far Demon was entitled to „plead technically against the writ” it is clear, in any case, that the formal opposition could lead at the utmost to the transference of the trial from the class of commercial cases to be settled summarily in the course of one month (*ἐμμηνοὶ δίκαι*) to the wider group of ordinary trials. Our speech does not inform us to what type the plaintiff's case belonged . . . LIPSIVS ¹⁾ thinks it was a *δίκη βλάβης* a suit for compensation of the tort occasioned by disturbance of possession. PHILIPPI ²⁾ has argued, that Zenothemis action was in the nature of a *δίκη ἐξούλης* — a suit for wrongful dispossession. In any case the defendant did not restrict himself to the purely formal side, but proceeded to survey the material facts from his own point of view.

So far we are on fairly firm ground. Difficulties arise, however, as regards the behaviour of the parties in Athens and their manoeuvring for position in the decisive contest before the Athenian Court. It would be tedious and useless to review all

¹⁾ *Attisches Recht und Rechtsverfahren*, p. 656.

²⁾ *Jahrbücher für klassische Philologie*, XIII, p. 584.

the disagreements between interpreters: I will merely take stock of the conclusions of an authoritative jurist — MITTEIS who has commented on the case in connection with a papyrus from Ptolemaic Egypt (157 B. C.) published in 1896 by GRENFELL¹⁾. MITTEIS takes his stand firmly on the side of Demon as against the „rascals” (Hallunken) who wanted to deprive him of the corn cargo brought from Sicily. He is convinced that Zenothemis' assertion that he had a bond from Hegestratos certifying a loan on the security of the corn, was a pure invention (erdichtet), while Protos was in possession of receipts from those who had sold the corn in Syracuse.

The action of Zenothemis against Protos which ended in the plaintiff's favour by default of the defendant appears to MITTEIS to be a stratagem contrived in order to create the impression that Zenothemis and Protos were not acting in collusion. The case is taken to illustrate the meaning and application of an *ἐξαγωγή* in Athenian Law: According to MITTEIS it was a formal assertion of contradictory possession which put the person who performed it in the position of a defendant (passive Legitimation) in a *δίκη ἐξούλης*. The formal character of the *ἐξαγωγή* is established by the fact that the parties carry it out by agreement. Zenothemis refuses to admit an *ἐξαγωγή* by Protos, whom he considers as a mere agent, but yields to one by Demon, the principal in the transaction. This justifies the comparison between our case and the procedure in an Egyptian trial in which one of the parties, Panas, disseises the other (Thotortalos) by the latter's consent, and thereby puts himself into the position of a defendant against a *δίκη ἐξούλης*. A similar procedure in Roman law was the *deductio quae moribus fit*, mentioned by Cicero in the speeches *pro Tullio* and *pro Caecina*. HOFFMANN²⁾ had already drawn attention to this parallel and explained it by a direct loan taken by Roman lawyers from Greek Jurisprudence. MITTEIS accepts and develops this idea.

¹⁾ *Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abtheilung*, XXXIII, 1902 p. 277 ff. GRENFELL, *An Alexandrian erotic fragment and other Greek papyri*. Oxford, 1896, p. 25 ff.

²⁾ *Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts*, p. 118 ff.

I need hardly say that the above interpretation seems very tempting as a study in the system of remedies provided by Greek law in disputes about possession. The ancient process by self help originally embodied in the *ἐξαγωγή* appears mitigated and replaced by an artificially contrived disseisin (*vis ex conventu*) intended to settle the relative positions of the parties as plaintiff and defendant in a trial by *δίκη ἐξούλης*. MITTEIS is inclined to think that such a formal eviction was regarded as a necessary introduction to all kinds of vindication of immovable property. As to movables it may not have been obligatory, but if our case is a fair example, it might also be resorted to with effect.

I feel very diffident in disagreeing with the conclusions of so great an authority as MITTEIS, but I cannot help drawing attention to certain points in which his interpretation of the evidence seems doubtful and contradictory.

I. To begin with, what justification has he for declaring that the hypothecary contract with Hegestratos was a pure imagination? (p. 291). Demon never asserted this: on the contrary he admitted that there was a *συγγραφή* of that kind and Zenothemis was credited with having concocted it with Hegestratos on board ship and with having given it into the custody of one of the passengers. This admission is of capital importance, because it gives us a clue as to the way in which Zenothemis established his contention in Athens at the start: he produced a written contract which purported to be drawn up between Hegestratos as borrower and himself as lender on the security of the corn cargo. Whether the document was based on a genuine or a fictitious transaction was matter for investigation: but *prima facie* it supported a claim to possession.

II. It is difficult to assume that Protos had in his hands conclusive proofs of the purchase of the corn in Sicily in the shape of receipts for the money paid. If this had been the case, there would have been no necessity to propose a journey to Sicily with the view of ascertaining the truth of the matter by inquiries addressed to the magistrates of Syracuse and the vendors of the corn. Nor could Zenothemis have risked an encounter while Protos was still against him. Evidently such documents as Protos held were not sufficient to establish the facts and further investigation

would have been necessary. Perhaps Zenothemis challenged the genuineness of the invoices and receipts, a not uncommon proceeding in such cases.

III. There is no reason for treating the action against Protos as fictitious (*Scheinprocess*). What we learn of the accusation points rather towards an attempt to frighten Protos and to harm him, if necessary. He was said to have been drunk during a storm which threatened the safety of the ship, an impressionist argument against the man's claim to be the purchaser of the cargo. The charge of having attempted to tamper with written documents is even more significant: it referred evidently to the contract between Zenothemis and Hegestratos which had been given into the safe keeping of a fellow passenger.

IV. Important objections can be urged against MITTEIS' account of the procedural steps taken by the parties on the return of the ship to Athens. The statements of Demon's speech are particularly involved and contradictory in this respect. He begins by stating that the Athenian creditors seized the ship and that Protos held (*ἔχεν*) the corn. MITTEIS infers from this that the person in actual possession was all along Protos. The subsequent *ἔχεν* that is ascribed to Zenothemis might be reconciled with this assumption, as it does not mean more than „he held himself to the corn". But how are we to explain that the actual possessor tried to „dispossess" or to „oust" the claimant and that the latter refused to be ousted by him? This positive contradiction in the use of terms ought not be slurred over. Either actual possession did pass from Protos to Zenothemis or else the *ἐξαγωγή* does not refer to dispossession in the usual sense, but to some other transference of power from one party to the other.

In order to solve these problems we must, I think, alter our general attitude in regard to the statements of the speech under discussion. THALHEIM ¹⁾ has rightly urged that Demon's pleadings are strongly affected by his peculiar position and that they require a very critical examination. THALHEIM's own attempt in this direction was not particularly successful, however, because he failed to establish the proper juridical perspective in which the facts have to be considered.

¹⁾ *Hermes*, XXIII, p. 206 ff.

In attempting to reconstruct this perspective I will premise that I do not wish, in any way, to appear in the part of an „advocatus diaboli” for Zenothemis. He was evidently a person of more than doubtful honesty. But this ought not to induce us to believe all the allegations of his opponent, who seems to have been substantially in the right, but laboured under fatal disadvantage, as regards evidence.

The speech is copiously interspersed with episodes which are treated in the spirit of *ἐνθυμήματα*, „suggestions”; they make interesting reading, and confuse the modern enquirer almost as much as they embarrassed the Athenian jury.

Some of these embellishments can be removed without much difficulty. Let us notice, for instance, that the narrative as to the tricks by which Hegestratos and Zenothemis obtained credit in Syracuse cannot fail to excite suspicion. It is improbable that Massiliot business men should have lent money right and left — to Hegestratos and to Zenothemis — on vague reports as to the ownership of the cargo supplied by Hegestratos in favour of Zenothemis and by Zenothemis in favour of Hegestratos. It would be too flagrant a piece of credulity on the part of the shrewd citizens of the Phocæan city. There was surely some basis of fact in this transaction. Then again, it is by no means clear that the agreement between Hegestratos and Zenothemis, set down in writing and deposited in the hands of a fellow passenger, was a fraudulent instrument in itself: the defendant tries to throw suspicion on it by referring to conversations among the passengers and to the fact that the contract had been written at sea and not on land before the voyage. But as the parties concerned, Hegestratos and Zenothemis, were to sail together there was no reason why they should not defer the conclusion of the instrument until the time when the ship had weighed anchor. The contents stood in no connection with the supposed conspiracy to sink the ship, and it is not even impossible that if Hegestratos had succeeded in his criminal design he would have cheated Zenothemis as well as his other creditors.

Altogether, it is obvious that as Demon was deprived of his chief witness by the disappearance of Protos, he was compelled to introduce bits of circumstantial evidence and indirect allusions likely to dispose the jurymen in his favour.

I think that the principal passage in the speech bearing on the legal conflict in Athens is prompted by such side considerations and that we have to clear away some fallacious appearances before we can draw conclusions as to points of procedure.

Protos is said to have taken actual possession of the corn, but evidently he had not had time to dispose of it or even to remove it, because Zenothemis obstructed his actions by putting forward his own claim — (ἡμφισβήτει ¹).

The interchange of remarks between him, Protos and other persons cognizant of the facts which had occurred on the voyage can be best explained on the supposition that the two claimants met on board the ship or in an office connected with it, and although Protos may have been the first to urge his claim, Zenothemis must have followed close on his heels. The expression ἡμφισβήτει is a characteristic one: it is used technically in διαδικασίαι ²) controversies as to the better right of one of several parties, and this seems to fit our case perfectly; there were assertions and counterassertions on both sides to prove that the corn cargo was burdened with hypothecary obligations: only a court could decide whose right was the better one and in the mean time the corn had to be *attached*. In this way even though Zenothemis had not got hold of the corn with power to use it, no more was Protos able to dispose of it. Some of the features of Zenothemis' statement of claim have been reported — he accused Protos of attempting to appropriate a cargo which did not belong to him σφετερίσασθαι — and of having tried to spy on him by opening his papers ³). We hear from Protos' side that a πρόκλησις was addressed by him together with Demon to Zenothemis offering to proceed together to Syracuse and to make inquiries there as to the purchase of the corn ⁴). This offer was refused by Zenothemis although the

¹) Demosth., XXXII, § 14. ἡμφισβήτει τοῦ σίτου, φάσκων Ἑγεστράτῳ δεδανεικέναι.

²) G. A. LEIST, *Der Eigentumsstreit im System der διαδικασίαι*, p. 31 ff.

³) XXXII, § 2. δανείσαι δὲ φησιν (Ζηνόθεμις) Ἑγεστράτῳ ναυκλήροι, τοῦτοι δ' ἀπολομένοι ἐν τῷ πελάγει, ἡμᾶς τὸ ναῦλον σφετερίσασθαι.

⁴) § 18. μετὰ ταῦτα προικαλεῖθ' ὁ Πρώτος αὐτον καὶ ἡμεῖς ἐπὶ τὴν ἀρχὴν τὴν τῶν Συρακοσίων.

§ 19. ὁ γὰρ αὖ Πρώτος διαμνηστέρετ' ἐξαγεῖν, μερσιῶν ἀναπλεῖν ἐθέλειν εἰς τὴν Σικελίαν. (referred to below § 21 as τὴν πρόκλησιν).

ground of the refusal is not stated. Probably the procedure was objected to as being too cumbersome. Athenians were not likely to favour it, because it would have taken the case practically out of their hands.

The next step is the attempt made by Protos to get rid of the arrest. He wants to brush away Zenothemis' opposition by *ἐξαγωγή*¹⁾: there is no exactly parallel case in other speeches, but we may suppose that in the case of an attachment if the opposing party consented to take a share in the proceedings, it would have been sufficient for Protos to perform a symbolic ceremony of eviction against Zenothemis' watchman or agent. Thereupon Zenothemis would bring a *δίκη ἐξούλης*. This would have meant in our case that the procedure by *δίκη ἐξούλης* would be substituted for the *διαδικασία* already engaged between the parties. But, we are told that this could only be done if Zenothemis found it convenient to plead on this basis instead of proceeding with the former trial. He could have been forced to resort to this remedy by his opponent evicting him by actual selfhelp, but this would evidently have entailed very dangerous consequences for the dispossessor than would be the case in an eviction by consent, the change of action required consent on his part to submit to the „vis ex conventu”. This consent was not obtained. Zenothemis declared that he would not submit to eviction (*ἐξαγωγή*) unless it was performed by Demon, and not by Protos. The object was to substitute the capitalist, who had no direct proofs, for the agent, who had concluded the actual bargain. The manoeuvre proved effective because Protos was not only removed as a defendant, but even induced to disappear as a witness.

Demon's case on entering the lists by undertaking the *ἐξαγωγή*, seems indeed an almost hopeless one. His arguments are all of the indirect kind, because a most important piece of evidence consisting in the testimony of Protos has been wrenched from his hands. What is alleged in the speech in explanation of Protos' change of front — the fall in the price of corn — was most likely the decisive consideration in the mind of the faithless agent.

¹⁾ § 17. *ἐξήγεν αὐτὸν ὁ Πρωτος . . . , οὐτοσί δ' οὐκ ἐξήγετο, οἷδ' ἂν ἔφη διαρρήδην ὑπ' οὐδενὸς ἐξαχθῆναι, εἰ μὴ αὐτὸν ἐγὼ ἐξάξω.*

Anyhow the new defendant tried to make the best of it by playing on the suspicions and on the patriotism of his fellow citizens of the jury. The repeated reference to Zenothemis' declaration that he was willing to submit to an *ἐξαγωγή* by Demon is used as a trump card — as a kind of confession that Zenothemis acknowledged Demon's right in the affair, which of course the other was far from doing.

If my reading of this case proves more or less correct, several juridical points would appear in a different light from the views accepted by recent commentators. LEIST's doctrine as to the peculiar nature of the *διαδικασία*, directed to solve controversies as to better right (*ἀμφοισβητήσεις*) would receive a supplementary illustration ¹). On the other hand MITTEIS' theory according to which the *ἐξαγωγή* is treated as the procedural means of apportioning the passive i.e. the defendant's or tenant's part in a trial as to property, turns out to be too wide and too technical at the same time. The use of the *ἐξαγωγή* as actual and forcible selfhelp seems well established in such cases as, for instance, the one related in Isaeos' speech on the succession of Dikaiogenes. The client of Isaeos in this speech is fined 40 Minae for having evicted a certain Mikion from a bath house on the strength of the assurance given by Dikaiogenes that he would not support Mikion by his warranty, and there is nothing to indicate that Mikion agreed to cede the possession of the disputed property to the claimant as a preliminary to a trial ²); on the contrary, the heavy fine corresponds to the consequences of a forcible eviction if declared to be unjustified by the Court. In another speech of Isaeus (on the succession of Pyrrhus) the orator ridicules the calling of many witnesses from distant parts of the country in the case of an *ἐξαγωγή* carried out by his opponent ³), but this ironical allusion proves

¹) *Der Eigentumsstreit* etc. If my suggestion is right, the range of *controversiae* should be widened at least by one more species.

²) Is. V. 22—24. καὶ γὰρ Μικίωντι, κελύοντος Δικαιογένοιο καὶ φάσκοντος μὴ βεβαίωσεν, ἐξάγοντες ἐκ τοῦ βουλευτῆριον ὠφλομεν τεσσαράκοντα μνᾶς διὰ Δικαιογένην. . . . διασχυρίζομεθα πρὸς Μικίωνα ἐναντίον τῶν δικαστῶν, ἐθέλοντες ὁτιοῦν πάσχειν, εἰ βεβαίωσεν αὐτῷ Δικαιογένης τὸ βουλευτῆριον. . . . Δ. ἐβεβαίωσε Μικίωντι τὸ βουλευτῆριον. καὶ ἐγὼ μὲν ὁ ἀθλῖος προσπολωλεκῶς τεσσαράκοντα μνᾶς, ἀπρεῖν ἰσχυρισμένος ἵππο τοῦ Δικαιογένοιο.

³) III. 22. Ξενοκλῆς τοίνυν Βήσαζε μὲν ἰὼν εἰς τὸ ἐργαστήριον τὸ ἡμέτερον εἰς τα ἔργα, οἱ γ' ἡγήσασθαι δεῖν τοῖς ἀπὸ τοῦ αἰτομάτου ἐκεῖ ἐντειχοῦσι μαρτυρίαι χρῆσθαι

only that the presence and the quality of the witnesses in such cases was not a matter of pure form.

The Egyptian case of Thotortaïos v. Panas adduced by MITTEIS is not really analogous, because although the plaintiff had to consent to his opponent taking preliminary possession of the disputed strip of land, he had to do so in consequence of the granting to the defendant of the advantage of an assertory oath as conclusive proof of the right of the latter ¹⁾. A party reduced to that last resource was evidently incapable of producing evidence to substantiate its own contentions. The situation is therefore exactly opposite to that which occurred in Zenothemis v. Demon, where the plaintiff conceded preliminary possession to the defendant because the latter was bereft of the evidence necessary to make good the eviction. Thus the agreed fiction of a peaceful *ἐξαγωγή* cannot be regarded as an inherent feature of the procedure of eviction, but appears as the result of peculiar circumstances which made it advisable for a party to take up a defensive position in the trial. In itself the *ἐξαγωγή* was an assertion of private authority which like the *ἀγειν* of procedure by distress *ἀπαγωγή* ²⁾ or the *pignoris capio* of Roman law had to be justified or condemned subsequently by a court. The comparison with the Roman procedure by *deductio quae moribus fit* is quite to the point, but the inference to be drawn from it is scarcely the one formulated by MITTEIS. The term *deductio* means eviction, and nothing else. Not every *deductio* need be the result of an agree-

περὶ τῆς ἐξαγωγῆς, ἀλλ' ἔκεν ἔχων ἐνθὲνδε Διόφαντον τὸν Σφίτιον μεθ' ἐαυτοῦ, ὃς εἶπε τὴν δίκην ὑπὲρ τοῦτον, καὶ Λωρόθειον τὸν Ἐλευσίνιον καὶ τὸν ἀδελφὸν αὐτοῦ Φιλοχάρην καὶ ἄλλους πολλοὺς μαρτυράς, πυρακιελικῶς ἐνθὲνδε σταδίους ἑγγὺς τριακοσίους ἐκείσε. DARESTE (*Plaidoyers civiles d'Isée*, p. 45) translates „au cas où il serait expulsé” cf. WYSE, *Speeches of Isaeus*, p. 304. It is true that the reference to *ἐξαγωγή* in this case leaves it undecided from a grammatical point of view whether Isaeus' client was to act or to suffer in an eviction. But the general sense of the passage indicates sufficiently that the first was meant: it would be absurd to collect witnesses in an elaborate manner in view of possible proceedings by another person, whereas it is natural to prepare evidence for one's own act.

¹⁾ *Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte* (1902) Roman. Abt. xxiii. p. 283.

²⁾ LIPSIUS, *Attisches Recht und Rechtsverfahren*, p. 324 ff.

ment to perform a fictitious act, but a *deductio* qualified by the addition „*quae moribus fit*”. Caecina wanted to play his part in the proceedings by *vis ex conventu*, but was met by forcible ejectment and had to have recourse to an interdict ¹⁾. In the same way the term ἐξαγωγή means simply „ejectment” and covers acts of violence as well as acts performed on the strength of previous agreement. If our interpretation of the speech in Zenothemis v. Demon is right, the δίκη ἐξούλης to which the plaintiff had to resort in consequence of eviction should be regarded as the ordinary action brought to meet all kinds of ejectment and disturbance of possession. It was certainly not an *actio judicati* in the sense suggested by BEAUCHET ²⁾. It corresponded exactly to the statement in Harpokration's glossary: ἐπὶ παντός ἐκ τῶν ιδίων ἐκβαλλομένου τάττεται τοῦνομα ³⁾. The wider aspects of this definition can only be considered in connection with the general subject of possession in Greek jurisprudence.

¹⁾ Cf. R. SALEILLES in the *Nouvelle revue de droit français et étranger*, 1892, p. 283 ff.

²⁾ *Histoire du droit privé de la république athénienne*, III, p. 393 ff.

³⁾ It is not necessary for me to examine at any length the protracted and involved controversy between RABEL and LIPSIVS on the subject (*Zeitschrift der Savignystiftung*, Romanistische Abth. 1915, 1916, 1917, 1918). It is sufficiently clear from the above discussion that I agree in general with the view held by LIPSIVS.

THE HISTORY OF THE LAW AS TO THE STATUS OF BRITISH SUBJECTS AND ALIENS

BY

W. S. HOLDSWORTH (OXFORD).

The beginnings of the modern rules of the common law, which define the persons who are to be accounted as British subjects, do not make their appearance till England, in the course of the thirteenth century, had lost the greater part of her continental possessions. These rules centre round the doctrine of allegiance, for it is the duty of allegiance owed by the subject to the Crown which differentiates the subject from the alien. This doctrine has its roots in the feudal idea of a personal duty of fealty to the lord from whom land is held; and, though it has necessarily developed with the development of the position of the king, its origin in this idea has coloured the whole modern law on this topic. From the alien no such allegiance was due; and there can be little doubt that in the thirteenth and fourteenth centuries English law, reflecting insular prejudices, treated aliens as almost if not wholly rightless. But the king, from commercial and other reasons, gave them protection; and by the close of the mediaeval period, commercial reasons were differentiating the alien friend from the alien enemy, and were giving to the former definite though restricted rights in English private law. The law as thus developed during the fifteenth and sixteenth centuries was summed up, restated, and adapted to the conditions of the modern territorial state in *Calvin's Case* in 1609. In the law of the seventeenth century we can see a development of the principles laid down in that case along somewhat the same lines as are discernible in the fifteenth and sixteenth cen-

turies. That development consisted in the elaboration both of the mediaeval rules which centred round the doctrine of allegiance, and of the rules which defined the position of the alien friend.

At the close of the seventeenth century the more elaborate organization of commerce, and the closer intercourse between nations which came in its train, introduced a modification of the rules relating to alien enemies. It was recognised that they might be allowed to remain in England, and that, if so allowed to remain, they must be accorded the rights of alien friends. The recognition of this fact marks the beginning of a new set of principles. These principles cut across the old rules based on the personal tie of allegiance, which make birth within the territory of a given nation the test of whether or not a man was a subject or an alien, and across the distinction between alien friends and alien enemies. It came to be seen that for commercial purposes the law must look, not so much at the question of the nationality of a person, as at his residence or the place at which he carries on his business; and, if we adopt this test, it may well be that enemy character will attach to a subject, and, conversely, that an enemy subject must be regarded as an alien friend. These new principles introduced a new test for distinguishing between friends and enemies. It was making its influence felt during the eighteenth and nineteenth centuries, and its meaning and consequences have been strikingly developed during the late war.

This summary will indicate the main lines of division for the historical treatment of this topic. I shall deal in the first place with the definition of the class of subjects; secondly with the disabilities of aliens; and thirdly with enemy character.

1. Who is a subject?

Ancient law, as MAITLAND has said, "will lay more stress upon purity of blood than on place of birth; it will be tribal rather than territorial law"¹). But feudalism introduced a new order of ideas. It is essentially territorial and personal. All rights and duties are bound up with and dependent upon the holding of land, and there is a personal tie of fealty between the tenant and

¹) POLLOCK and MAITLAND i 443.

his lord. These two ideas underlie the doctrine of allegiance by which the later law will define the class of persons who are to be reckoned as subjects, and the modes in which this status can be acquired and lost. But it was long before these ideas could make themselves felt. England was conquered by a foreign duke and an army of foreigners. The foreign duke and his descendants became kings of England, the ultimate lord of all the land in the country, and duke or prince of wide continental domains; and the leaders of the conquering army became the owners of much of the land of England without ceasing to be lords of great estates on the continent. But so long as the king of England held these vast continental domains, and so long as his feudatories holding English land were as much French or Scotch as English, political conditions made the growth of anything like the rules of our modern law impossible. Till the boundaries of England were ascertained, till the great feudatories were reduced to the position of English landowners, English nationality could hardly emerge¹). But, with the loss of Normandy, and the beginnings of the national enmity to France on the one hand and Scotland on the other, we can see the growth of the political conditions which will give birth to the modern rules. The doctrine of allegiance and its consequences can be more strictly applied to all Englishmen; and from this doctrine and its consequences the modern rules begin to emerge in the fourteenth and fifteenth centuries. The loss of Normandy therefore marks the beginning of the modern law; and we shall see that the circumstances attending on that loss long left their mark on that part of the law which relates to the disabilities of aliens²).

The history of the application of the doctrine of allegiance to

¹) P. and M. i 443—4 "the law even of Bracton's day acknowledged that a man might be a subject of the French king and hold land in France and yet be a subject of the English king and hold land in England. It was prepared to meet the case of a war between the two kings: the amphibious baron must fight in person for his liege lord, but he must also send his due contingent of knights to the opposite army. In generation after generation a Robert Bruce holds lands on both sides of the Scottish border; no one cares to remember on which side of it he was born".

²) P. and M. i 444—5; below 200—202.

determine the status of the subject falls into three well marked periods: (i) the development of the law down to *Calvin's Case* in 1609; (ii) the restatement of the law in *Calvin's Case*; and (iii) the later developments.

(i) *the development of the law down to Calvin's Case.*

The two sides of the feudal tie which existed between lord and man — its territorial basis and its note of personal connexion through the oath of fealty and the ceremony of homage ¹⁾ reappear in the view which the law takes of the subject's duty of allegiance to the king. We shall see that the territorial basis of this tie has strongly influenced the rules as to the definition of the class of persons whom the law will account as subjects, while the personal obligation of fidelity has influenced no less strongly the rules as to how this status can be acquired and how it can be lost. But necessarily the contents of these rules were modified when they were transferred from their original application to the relation of lord and tenant to their new application to the relation of king and subject — for the king is prerogative ²⁾; and these modifications will grow with time — for the exceptional character of the prerogative and the rules of law relating to it also grow with time. Let us see how these two aspects of the conception of the feudal tie — the territorial and the personal — helped to develop the mediaeval law as to the acquisition and the loss of the status of a subject.

The acquisition of the status of a subject. The relation between the king and his subjects was never quite the same as the relation of the lord and his tenants. The tie of tenure played no part in it, and therefore the personal element was emphasized. But, for all that, the territorial element continued to be the most important element in the acquisition of the status of the subject. Though the duty of allegiance was dissociated from the tie of tenure, another and a wider territorial test became possible because it was the king — the ruler of all England — to whom allegiance was due. It could be down that all persons born on English soil, no matter what their parentage, owed allegiance to, and

¹⁾ For these see HOLDSWORTH, *Hist. Eng. Law* iii 48—51.

²⁾ *Ibid.* 352—3.

were therefore subjects of the king ¹⁾. It is not surprising therefore that at the beginning of the fourteenth century the lawyers were beginning to think that birth within the king's allegiance signified birth within a defined "geographical tract" ²⁾.

But did not this involve the consequence that all persons born outside that tract were aliens? Though it might be true that a person born a subject did not lose that character by residence abroad, what of the children of these persons born abroad? Were they necessarily aliens? And if so, did this rule apply to the king's children born abroad? If it did, it might affect even the succession to the crown. There was a debate on these matters in 1343 ³⁾. It was stated as clear law that birth abroad cannot affect the position of the king's children, and cannot therefore have any application to the succession to the throne; and it was resolved that children born abroad to parents in the king's service were subjects. But on the general question nothing was then settled. In 1351 however the matter came up again, and this time it was settled by statute ⁴⁾.

The statute recites the proceeding debate, and states that, in order to put an end to all doubts on this matter, the king has charged the bishops and peers and other wise men of his council to deliberate upon the question, and that they have agreed to the following propositions: Firstly, that "the law of the Crown of England is, and always hath been such, that the children of the kings of England, in whatsoever parts they be born be able and ought to bear the inheritance after the death of their ancestors." Secondly, that "all children inheritors, which from henceforth shall be born without the ligeance of the king, whose fathers and mothers at the time of their birth be and shall be at the faith and ligeance of the king of England, shall have and enjoy the same benefits and advantages as the other inherit-

¹⁾ That this was assumed to be the rule in 1290 is clear from the fraudulent dealing of Elyas de Rababyn, P. and M. i 446, R. P. i 44; it was also assumed to be the rule when, in 1343, the question of the status of those born beyond the sea was raised, R.P. ii 139 (17 Ed. III n^o. 19).

²⁾ P. and M. i 442, and authorities cited in n. 2.

³⁾ R.P. ii 139.

⁴⁾ 25 Ed. III stat. 2.

ors aforesaid in time to come; so always that the mothers of such children do pass the sea by the licence and wills of their husbands." Parliament thus settled a debateable point in the law, by extending the status of a subject to persons born abroad of English parents¹). In 1368 it was declared, in accordance with precedents which came from the time when the king had large continental possessions²), that persons born not only in England, but also in any territory belonging to the king, were subjects³).

Thus the rules as to the acquisition of the status of a subject by birth were fixed. It had also become clear during this period that the status could be acquired by an act of the legislature, and that some of the incidents of the status could be acquired by an act of the prerogative.

It was recognised certainly as early as, and probably before⁴), the beginning of the fifteenth century that an Act of Parliament was needed to give to an alien the full status of a subject⁵);

¹) It was said by HUSSEY C. J. in Y. B. 1 Rich. III Mich. pl. 7 that this was the common law rule, and that the statute was declaratory; but it would seem that the law was really doubtful, and that opinion was rather in favour of the view that those born abroad were aliens, see the case of Elyas de Rababyn, where the court, though it held that a particular person born abroad should be held as a subject, said that the case was not to form a precedent, R. P. i 44 (1290) — "quod de cetero non trahatur in consuetudinem quoad alios alienigenas."

²) See Calvin's Case (1609) 7 Co. Rep. at ff. 19a, 23a.

³) 42 Edward III c. 10.

⁴) This rule seems to be in effect recognized in the case of Molyns v. Fieu-nes (1365) Select Cases before the Council (S. S.) 48—53; to a plea that the plaintiff was born out of the ligeance of the king, and so could not take as heir, the answer was given that by treaty of peace it was agreed that those disinherited by reason of the war should be restored; the plaintiff got judgment by reason of the treaty of peace "*exhibited in the same parliament*" — an early authority for the modern rule of constitutional law that a treaty which changes or modifies the law needs the sanction of Parliament.

⁵) In Y. B. 3 Hy. VI Trin. pl. 30 — "A ceo disons nous que meme cel Alice vient en Angleterre ove Beatrice Comtesse d'Arundel.... et puis nous disons que en le Parliament tenu tiel an en temps le Roy H. 4 la dit Alice per autorite del dit Parliament fuit fait person able a purchaser terre et tenements enheritances come chescun auter legal home que fuit deins le Royaume, et mettra avant l'Act del dit Parliament."

and this was accepted as a settled rule of law in *Calvin's Case* ¹⁾. It may be that the national jealousy of royal favourites of foreign extraction ²⁾, and the growth of the legislative power of Parliament have had something to do with the establishment of this rule of law; for it would seem that, though at the end of the thirteenth century the king claimed to be able to do what in later law could only be done by an Act of Parliament ³⁾, in a little more than a century it is settled that the king's act can only have a much more limited effect ⁴⁾. He cannot make an alien a subject; for that might involve an alteration of the rights of other persons which only Parliament can effect ⁵⁾. He can only make him a denizen. This means that by his letters patent he could give to an alien the right to hold and acquire land and sue all manner of actions ⁶⁾. This right was apparently looked upon as a species of franchise, and, like other franchises, could be regarded as a species of property; so that it could be granted to a man and his heirs, or to a man and the heirs of his body, or for life ⁷⁾. But it gave no rights in public law, and it had

¹⁾ 7 Co. Rep. at f 6a; BACON'S Argument, *Works* (Ed. SPEDDING), VII, 649.

²⁾ P. and M. i. 446.

³⁾ P. and M. i. 446—7, citing R. P. i. 135, which shows that in 1295 Edward I granted that Elyas Daubeney born beyond the sea should be hold as "Anglicum purum", and should be able to sue in all courts.

⁴⁾ Above 180 n. 5.

⁵⁾ "Nota pro lege Anno 36 H. 8, que ou alien nee vient en Angleterre et amesna son fitz ove luy que fuit nee ultra mare et est alien come son pere est, la le roy per ses lettres patents ne poet faire le fitz heyre a son pere, ne a chescun auter, car il ne poet alterer son ley per ses letters patents nec aliter nisi per parliament, car il ne poit disinherit le droit heire ne disa-poynt le seignior de son eschete", Bro. Ab. DENIZEN pl. 9.

⁶⁾ "If made denizen by the king's letters patents, yet cannot he inherit to his father or any other. But otherwise it is if he be naturalized by Act of Parliament, for then he is not accounted in law alienigena, but indigena", Co. Litt. 8a; see ibid. 129a; "the king only without the subject may make... letters patent of denization to whom and how many he will, and enable them at pleasure to sue any of his subjects in any action whatsoever", *Calvin's Case* (1609) 7 Co. Rep. at f 25b; the distinction between a subject and a denizen seems to have been recognized in EDWARD IV's reign; Y. B. 9 Ed. IV Trin. pl. 3 pp. 11—12; Plowden at f 130, where this Y. B. is cited; see also COCKBURN, *Nationality* 28.

⁷⁾ *Calvin's Case* (1609) 7 Co. Rep. at f 6a.

no retrospective operation. Thus, though it gave the person himself and his heirs the right to acquire land, neither the issue he had before the grant nor any of his relations, other than his issue born after the grant, could inherit from him ¹). The status of a denizen thus gave only certain of the rights of the subject in private law.

The loss of the status of a subject. The conception of allegiance had its personal as well as its territorial side. The subject owed faith and duty to the king who, throughout the mediaeval period, was regarded as a natural man ²). As early as EDWARD I's reign it would seem that a plea that a plaintiff was not "of the ligeance and faith of England" was held to be insufficient, and counsel was obliged to amend his plea, and say that the plaintiff was "not of the ligeance of England nor of the faith of the king" ³). We shall see that much reliance was placed on this ruling in *Calvin's Case*, because it was held to show that allegiance was a personal tie between the subject and the natural man who was king ⁴). No doubt the fine drawn speculations as to the differences between the king's politic and natural capacity, which play so great a part in *Calvin's Case*, would have been unintelligible in EDWARD I's reign, because the king was then regarded simply as a natural man. But the case does, it seems to me, emphasize the personal aspect of allegiance, and prove that it was then regarded as a personal tie between king and subject.

But this conception of the duty of allegiance gave it a permanent character which it would have lacked if it had rested merely upon a territorial basis. If it had rested merely upon a territorial basis it might have been argued that it, and with it the status of a subject, were lost certainly if the territory ceased to form part of the dominions of the crown, and possibly so soon as the subject left the territory. But because it rested also on a personal basis the latter conclusion would have been untenable.

¹) Co. Litt. 8a, 129a.

²) HOLDSWORTH, *H. E. L.* iii 355—7.

³) Cobledike's Case, cited in *Calvin's Case* (1609) 7 Co. Rep. at ff 9b, 10a; for the stress laid on this case by ELLESMERE, see ELLESMERE's judgment in 2 S. T. at. p. 688.

⁴) Below 186—188.

The personal tie of faith between king and subject, which had once attached by birth or otherwise, was independent of boundaries. And so we find that no one has ever supposed that mere departure from the king's dominion can cause the loss of the status of a subject. This is assumed in the debates in Parliament in 1343, and in the debates which led up to the passing of the statute of 1351. No question is raised as to the status of the parents: the only doubt is as to the status of the children born abroad, as between whom and the king there is, by reason of their foreign birth, no personal tie. Whether this reasoning applied also to the loss of territory, so as to prevent persons in that territory who had once been subjects from losing that status, was not then settled; and, as we shall see ¹⁾, it will not be settled till quite modern times.

This reasoning clearly involves the consequence that the tie of allegiance is indissoluble, and that therefore the status of the subject is permanent. This is I think assumed by mediaeval lawyers; and was, as we shall see ²⁾, very clearly stated in the following period. That it was assumed in the mediaeval period is I think a fair inference from the rule that the king could command any of his subjects abroad to return ³⁾; and from the statement of FORTESCUE C. J. in 1454 that the king without Parliament cannot deprive his subject of the benefit of the common law ⁴⁾; for that would be in effect as much an alteration of the rights of the subject as a grant of full naturalization which affected the rights of third persons ⁵⁾. It is true that a man can be outlawed or attainted by due process of law; but, subject to this, the tie of allegiance with all its consequences can neither be created or dissolved at the will of king or subject. The status of a subject is indissoluble — *nemo potest exuere patriam*.

Thus in the case of the loss as in the case of the acquisition of the status of a subject the root principles of the common law

¹⁾ Below 193—194.

²⁾ Below 190—192.

³⁾ DYER 128 b, citing a case of 19 Ed. II; cp. FORSYTH, *Leading Cases* 181.

⁴⁾ Y. B. 32 Hy. VI Hil. pl. 13 — "Le Roy sans Parlement ne poit prendre son lige home de droit".

⁵⁾ Above 181 n. 5.

were ascertained in the mediaeval period. But the consequences latent in these principles were not yet deduced and stated in detailed rules. The political history of England during this period had provided the raw material for these rules. But it was not till some time after the establishment of the modern territorial state that this raw material was used to establish them. The problems raised by the accession of JAMES VI of Scotland to the English throne and the unwillingness of the legislature to make a statutory settlement of these problems, at length gave the judges their opportunity. They made the most of it, and, by their judgments in *Calvin's Case*, they put the law on this subject on its modern basis.

(ii) *The restatement of the law in Calvin's Case* ¹⁾.

The facts of *Calvin's Case* were simple. Calvin complained that he had been disseized of his free tenement in Haggerston in the parish of Shoreditch. The defendants pleaded that Calvin was an alien born in Scotland in the year 1606, and that he was therefore unable to hold freehold land; to which plea Calvin demurred. Simultaneously proceedings were begun in equity for detaining the evidences and taking the profits of land in the parish of St. Botolph in the city of London belonging to Calvin. To this suit the same plea was pleaded, and there was a similar demurrer. Thus the question whether the post nati, that is persons born in Scotland after the accession of JAMES to the throne of England, were to be regarded as aliens in England or as subjects, was brought before the courts both of law and equity; and both cases were adjourned into the Exchequer Chamber "to the end that one rule might overrule both" ²⁾.

The judges were fully conscious of the importance of the principle involved. „I found the case" said Lord ELLESMERE ³⁾, "to be rare, and the matter of great import and consequence, as being a special and principall part of the blessed and happy union of Great Britaine." "The case", says COKE ⁴⁾, "was as elaborately substantially and judicially argued by the Lord Chancellor and

¹⁾ (1609) 7 Co. Rep. 1.

²⁾ 7 Co. Rep. at f 2 b.

³⁾ 2 S. T. at p. 659.

⁴⁾ 7 Co. Rep. at f 3 b.

my brethren the judges, as ever I heard or read of any; and so in mine opinion the weight and consequence of the cause, both *in praesenti et perpetuis futuris temporibus* justly deserved: for though it was one of the shortest and least that ever we argued in this Court, yet it was the longest and weightiest that ever was argued in any Court, the shortest in syllables and the longest in substance; the least for the value... but the weightiest for the consequent, both for the present and for all posterity". This view of the case was very true — truer even than the judges who decided it imagined; for, as we shall see¹⁾, the result of the decision was to make a uniform status for natural born subjects, not only in England and Scotland, but also in the many lands which in the succeeding ages were added to the king's dominions.

The Lord Chancellor and all the judges, except WALMSLEY and FOSTER J. J., held that the post nati were natural born subjects. In fact the decision was inevitable²⁾; for it could be supported by reasons drawn both from the territorial and from the personal view of the tie of allegiance. But we shall see that far more stress was laid, and rightly laid, on the latter view; and that it is the use made of deductions drawn from this view which gives the case its importance in later law. Let us examine the question from these two points of view.

a) It was laid down that a person cannot be a natural born subject unless the place of his birth at the time when he was born be within the king's dominions. Hence the ante nati could not be natural born subjects, because they were not born in England, and at the time of their birth they were not under the allegiance of the king of England³⁾. This was a conclusion which

¹⁾ Below 188, 189.

²⁾ "The decision was one which pleased the king and displeased many of his subjects; but no other judgment could have been given unless many precedents derived from times when our kings had large territories on the continent of Europe had been disregarded", P. and M. i 441.

³⁾ "There be regularly (unless it be in special cases) three incidents to a subject born. 1. That the parents be under the actual obedience of the King. 2. That the place of his birth be within the King's dominion. And 3. the time of his birth is chiefly to be considered: for he cannot be a subject born of one kingdom that was born under the ligeance of the king of another kingdom, albeit afterwards one kingdom descend to the king of the other... And

followed from the territorial principle. If the personal principle alone had been considered, it might well have been held that the fact that the *ante nati* owed allegiance to the same man JAMES, who was king both of England and Scotland, made them also subjects. It was admitted that there were exceptions created by statute and otherwise which allowed children born of English parents out of the king's dominions to be subjects¹); and that it was possible that children born in England e.g. of alien enemies in hostile occupation of English soil, were not subjects²). But generally any one born in England was an English subject. And this did not apply to those born in England alone. Even before 1609 England was not the only country subject to the king. It was proved that the law had always regarded persons born in Wales, Ireland, the Channel Isles, and Calais, as subjects of the king³). But, if that was the law, what possible reason could be alleged for not regarding the *postnati* as subjects? The fallacies underlying the reasons alleged for this distinction were fully exposed by BACON⁴). Moreover the judges took occasion to recognise a consequence of the territorial principle which had been laid down in the sixteenth century⁵). For some purposes even an alien residing in England must be regarded as a subject who owed a local allegiance to the king⁶).

b) But far greater stress was laid on the conception of allegiance as a personal bond between the king and his subjects. This was due to the fact that, since the union between England and Scotland was as yet only a personal union of the crowns, the judges found it logically necessary to show that the duty of allegiance, and consequently the status of a subject, were attached, not to the corporate,

that is the reason that *ante nati* in Scotland (for that at the time of their birth they were under the ligeance and obedience of another King) are aliens born, in respect of the time of their birth", 7 Co. Rep. at ff 18 a, 18 b.

¹) Ibid. at f 18 a.

²) Ibid. at ff 18 a, 18 b.

³) Ibid. at ff 19 a—23 b.

⁴) *Works* (Ed. SPEDDING) VII, 650—663.

⁵) *Sherleys' Case* (1557) Dyer 144 a.

⁶) 7 Co. Rep. at ff 6 a, 6 b; see *Kelyng* 38; *R. v. Tucker* (1695) 1 Ld. Raym. at pp. 1—2; LOCKE, *Two Treatises on Government* Bk. II § 122, puts this rule into theoretical shape.

but to the natural capacity of the king. The reasons why they found it necessary to show this were somewhat as follows: It was then well recognised that the king of England had according to English law a corporate capacity ¹⁾. But the king in his capacity of corporation sole was a purely English entity wholly dependent on the rules of English law. If therefore it had been ruled that allegiance was due to the king in his corporate capacity, it would have followed that it was only the persons subject to the rules of English law, which defined that capacity, who had the status of a subject. Thus a Scotchman who was a subject of the man JAMES would not be a subject of JAMES king of England, because, not being subject to rules of English law, he owed no allegiance to the purely English corporation sole who occupied the English throne ²⁾. If, on the other hand, allegiance was due to the man JAMES, then all those who owed him allegiance, whether subject to English or Scotch law, were his subjects. It was therefore successfully contended that, as the obligations of allegiance involved the taking of an oath and the doing of acts such as homage, which could not be done to a corporate body, these obligations attached to the king's natural capacity ³⁾. "The bond of allegiance", said Lord ELLESMERE ⁴⁾, "of which we dispute is *vinculum fidei*; it bindeth the soul and conscience of every subject severally and respectively, to be faithful and obedient to the king: and as a soul or conscience cannot be framed by policy; so faith and allegiance cannot be framed by policy, nor put into a politic body. An oath must be sworn by a natural body; homage and fealty must be done by a natural body, a politic body cannot do it.... As the king nor his heart cannot be divided, for he is

¹⁾ HOLDSWORTH, *H. E. L.* iii 359–61; MAITLAND, *Collected Papers* iii 244.

²⁾ Thus it appears to have been argued that "Whatsoever is due to the King's several politic capacities of the several kingdoms is severed and divided: but ligeance of each nation is due to the King's several politic capacities of the severed kingdoms; *ergo* the ligeance of each nation is severed and divided, and consequently the plaintiff is an alien"; and that "every subject that is born out of the extent and reach of the laws of England, cannot by judgment of those laws be a natural subject to the King in respect of his kingdom of England", 7 Co. Rep. at f 3a.

³⁾ Ibid at ff 10a, 10b.

⁴⁾ 2 S.T. at p. 691.

one entire king over all his subjects, in which soever of his kingdoms and dominions they were born, so he must not be served or obeyed by halves; he must have entire and perfect obedience of all his subjects and he that is born an entire and perfect subject ought by reason and law to have all freedoms privileges and benefits pertaining to his birthright in all the king's dominions". In support of this thesis plenty of mediaeval precedents could be adduced¹). They all presupposed that allegiance was due to the natural man sitting on the throne, because the distinction between the two capacities of the king had not then emerged²).

The speculations as to the king's corporate and natural capacities which the development of this thesis involved may seem to us to be far fetched, and to savour at times of the mystical. But in fact they were necessary to establish firmly and upon a broad basis of principle the rule that the status of a subject belonged to all these who owed allegiance to the king. Parliament had provented the attainment of the full benefit which might have been expected from the union of crowns by refusing to sanction any closer union of the two kingdoms. The benefit derived from that union would have been still further curtailed if Scotchmen and Englishmen had continued to be considered aliens by the laws of their two countries. The principles upon which the decision in this case was based prevented this unfortunate result, and went some way to correct the narrow view taken by Parliament. They were, as we have seen, a logical development from the mediaeval law and history. But, as thus developed and applied to the new situation of the English state they have affected the whole future history of the law as to the status of the subject, and have, incidentally helped to establish an important principle of colonial constitutional law. Their consequences can be summed up as follows:

a) The first and most important effect of the decision in *Calvin's Case* was the fact that it made a general rule for the acqui-

¹) Especially *Cobledike's Case*, above 182, 7 Co. Rep. at f 9b; 2 S.T. at p. 688.

²) HOLDSWORTH, *H. E. L.* iii 357-8.

sition of the status of a natural born subject which was applicable to all persons born within the king's dominions. This was a result of great importance when, in the eighteenth century, these dominions began to expand. It gave a uniform status to all persons born within these dominions; it made this uniform status depend on the personal tie of allegiance to the crown; and it thus played no small part in consolidating the position of the king as the head and main bond of union between the confederation of independent communities which now constitute the British Empire. The opposite decision would have had an effect upon the status of natural born subjects similar to the effect upon the status of the naturalized subject which followed from allowing each of those communities to establish its separate naturalization laws ¹⁾. Just as a person naturalized in one of the dominions does not necessarily have the status of a subject in another, so the status of a natural born subject would have varied in different parts of the empire. The uniformity of status which one of the most recent statutes dealing with the subject of naturalization attempts to accomplish for the naturalized subject ²⁾, was secured for the natural born subjects by this decision.

b) In the second place the decision laid down definite rules as to the acquisition of the status of a subject. The mediaeval precedents made it clear that no distinction could be drawn between the inhabitants of the different dominions of the crown in respect of their status as subjects ³⁾. It was obvious, for instance, that Irishmen were, as much subjects of the king as Englishmen. But it followed from this that if the king acquired a new dominion either by conquest or by title of descent the inhabitants necessarily became his subjects. It is true that the king's position in these two countries differed according to his title. If the dominion

¹⁾ See *McNAIR, Legal Effects of War* 11; cp. the *King v. Francis ex parte Markwald* [1918] 1 K. B. 617; *Markwald v. Attorney-General* [1920] 1 Ch. 348; it is interesting to note that it was argued unsuccessfully in the latter case that doctrine of personal allegiance laid down in *Calvin's Case* operated to widen the effect of a colonial certificate of naturalization.

²⁾ *British Nationality and Status of Aliens Act 1914*, 4, 5. George V c. 17 §§ 8, 9.

³⁾ Above 180.

was acquired by conquest it might be either an infidel or a Christian kingdom. If it was an infidel kingdom its laws were abrogated ipso facto; but if it was a Christian kingdom its laws remained till altered by the king; for in all these dominions acquired by conquest the king could change the laws as he pleased ¹⁾. If the kingdom was acquired by descent the king must respect the laws of the kingdom by virtue of which he had acquired it, and therefore could not change them without Parliament ²⁾. But in spite of these differences all alike were the king's subjects. These distinctions as to the prerogative of the king in relation to dominions acquired by conquest were followed in the latter part of the seventeenth century; but COKE's view that the laws of an infidel country were wholly abrogated was limited to such as were against the law of God, and the principles which he applied to dominions acquired by descent were applied to dominions acquired by settlement ³⁾. COKE's rules, as thus modified and extended, were made the basis of the distinctions drawn by Lord MANSFIELD between settled and conquered colonies ⁴⁾. A settled colony was a colony founded by Englishmen who possessed all the rights and privileges secured to subjects of the king by English law. Therefore the king could no more acquire new rights over them in their new abode than he could alter the laws of a kingdom acquired by descent. They remained the king's subjects and the rules of English law applied to them. Probably the application of these principles to colonies acquired by settlement was assisted by the fact that the prominence given to the personal aspect of allegiance by *Calvin's Case* had emphasized the indelibility of the status of a subject.

c) Thirdly, we have seen that even in the Middle Ages the personal aspect of allegiance was tending to establish the rule that the status of a subject was indelible ⁵⁾. This was acted upon in *Story's Case* in 1571 ⁶⁾; it was accepted as good law in *Cal-*

¹⁾ 7 Co. Rep. at f 17b.

²⁾ Ibid.

³⁾ *Blankard v. Galdy* (1694) 2 Salk. 1.

⁴⁾ *Campbell v. Hall* (1774) 20 S. T. 239.

⁵⁾ Above 183.

⁶⁾ *Dyer* 300 b.

*rin's Case*¹⁾; and from it the consequence was drawn that, if the king lost any of his dominions, those born in them while he was king still retained their status as subjects, even though they might acquire a new status as the subjects of the ruler to whom these dominions had passed²⁾. This conclusion was justified on two grounds — firstly by reference to historical precedents, and secondly on logical grounds.

The historical precedents were taken from the rules made in the thirteenth century at the time of the loss of Normandy. As MAITLAND has shown, the law for some time took the view that the loss of Normandy was temporary, and, unless a French landowner adhered to the French king, in which case his lands were forfeit for treason, the sequestration of his lands was considered to be only temporary. It was considered that he might well resume his possession if peace and a final settlement ever came³⁾. But since he was thus capable of owning English land, he must, according to the settled principles of the later law, be a subject. It is true that these precedents came from a time when the settled principles of the later law as to the status of a subject and the incapacity of an alien to own English land were not as yet fixed. We shall see that, historically, this reasoning to some extent inverts the order of cause and effect; since it was because the king seized the lands of these Normans that the common law arrived at its settled rules as to the right of the king to the lands of aliens and the incapacity of the alien

¹⁾ 7 Co. Rep. at f 9 b.

²⁾ "As the *ante nati* remain aliens as to the Crown of England because they were born when there were several kings of the several kingdoms. . . . so albeit the kingdoms. . . . should by descent be divided and governed by several Kings; yet it was resolved that all those that were born under one natural obedience while the realms were united under one sovereign should remain natural born subjects and no aliens; for that naturalization due and vested by birthright cannot by any separation of the Crowns afterward be taken away: nor he that was by judgment of law a natural subject at the time of his birth, become an alien by such a matter *ex post facto*. And in that case, upon such an accident, our *post natus* may be *ad fidem utriusque Regis*, as BRACTON saith", 7 Co. Rep. at f 27b; for the passage from BRACTON see below 193 n. 2.

³⁾ P. and M. i 444--5.

to hold English land ¹⁾. But these are considerations which neither then nor at any time have weighed much with a law court in search of a precedent to justify a rule. It is clear that this piece of history did supply a precedent which proved that loss of territory did not render those who dwelt within that territory incapable of holding English land. That they were thus capable of holding English land is assumed both by BRACTON ²⁾ and the so called statute *Praerogativa Regis* ³⁾; so that, having regard to the settled principles of the later law that capacity to own land connoted the status of a subject, the conclusion drawn from these thirteenth century precedents was inevitable. It was drawn by STAUNFORD ⁴⁾, it was skilfully developed by BACON in his argument in *Calvin's Case* ⁵⁾, and it was assented to by the court in that case ⁶⁾.

No doubt it was the more readily assented to because it was a rule which followed logically from the personal basis upon which allegiance and the status of a subject were based in *Calvin's Case*. All the reasoning which justified the claim of the post nati to be British subjects on the ground that the personal bond

¹⁾ Below 200—201.

²⁾ Ff. 298a, 427b, and the other references cited P. and M. i 445; BRAC-
TON'S *Note Book* cases 110, 1396, there cited.

³⁾ "Item habet escaetas de terris Normannorum de cujuscumque feodo fuerint, salvo servitio quod pertinet ad capitales dominos feodi illius, et hoc similiter intelligendum est si aliqua hereditas descendat alieno nato in partibus transmarinis cujus antecessores fuerint ad fidem Regis Franciae ut tempore Regis Johannis et non ad fidem Regis Angliae, sicut contingit de baronia Mone-muth", c. 12; on which BACON, in his argument in *Calvin's Case* makes the apposite comment that from this, "it appears plainly, that before the time of King JOHN there was no colour of any escheat, because they were the king's subjects in possession, as Scotland now is; but only it determines the law from that time forward", *Works* (Ed. SPEDDING) VII, 675.

⁴⁾ "By this branch it should appeare that at this tyme men of Normandy Gascoyn Guyon Angoo and Brittain were inheritable within this realme as woll as Englishmen, because that they were sometime subject unto the king of England, and under their dominion untill king JOHNS time as is afore sayd, and yet after his time those men (saving such whose landes weare taken away for treason) weare still inheritable within this realme till the making of this statute", *Praerogative* f 39a.

⁵⁾ *Works* (Ed. SPEDDING) VII, 674—7.

⁶⁾ At ff 27a, 27b.

of allegiance was created between them and the natural man JAMES king of England and Scotland, went to show that mere loss of territory could not dissolve the obligations of that personal bond. And just as those born before the union of the crowns remained aliens because born aliens¹⁾; so persons born before a separation of territory must remain subjects because they were born subjects. In such a case they would, like the Normans in the thirteenth century, be, as BRACTON said, "ad fidem utriusque regis"²⁾.

But though this doctrine of a double allegiance followed logically from the principles laid down in *Calvin's Case*, though it was a doctrine which harmonized well enough with the loosely knit monarchies of BRACTON's day, it was practically very inconvenient when applied to modern territorial states. The conclusion that loss of territory meant loss of subject status, which followed from adopting the territorial principle as the basis of that status, was far more convenient. We shall now see that the question whether on grounds of convenience this concession would be made to the territorial principle was not settled till quite modern times.

iii) *The later developments.*

The history of the later developments of the law on this subject can be grouped under two heads: a) the development of the law as to loss of the status of a subject by reason of a loss of territory; and b) the changes in the common law doctrines made by statute.

a) The rule that the status of a subject is indelible, that 'nemo potest exuere patriam', continued to be the rule of law down to 1870; it was recognized by HALE³⁾; and it was applied in the case of *Aneas Macdonald* in 1747⁴⁾. "It is not", said the Court in that case⁵⁾, "in the power of any private subject to

¹⁾ Above 185 n. 3.

²⁾ "Sed tamen sunt aliqui Francigenae in Francia qui sunt ad fidem utriusque, et semper fuerunt ante Normannian deperditam et post, et qui placitant hic et ibi ea ratione quia sunt ad fidem utriusque". f 427b, cited 7 Co. Rep. at f 27b.

³⁾ P. C. i 68.

⁴⁾ 18 S. T. 858.

⁵⁾ At p. 859.

shake off his allegiance, and to transfer it to a foreign prince. Nor is it in the power of any foreign prince by naturalizing or employing a subject of Great Britain to dissolve the bond of allegiance between that subject and the crown". But the question whether this principle should operate so as to prevent persons resident in territory ceded by the Crown from losing their status as subjects was raised by the recognition of the independence of the United States. CHALMERS took the view that the principle had no application to such a situation; ¹⁾ but REEVES, the author of the history of English law, stoutly maintained the opposite conclusion, and insisted on a literal following of the dicta in *Calvin's Case* ²⁾. Obviously CHALMERS' view is the more rational. It was approved by the law officers of the crown in 1824 ³⁾, by the court of King's Bench in the same year ⁴⁾, and by the King's Bench Division in 1886 ⁵⁾.

b) Down to the beginning of the nineteenth century the statutory changes in the common law doctrines were small. We have seen that the statute of 1351 made children born abroad of parents who were English subjects capable of inheriting English land ⁶⁾. On that statute two questions arose. Firstly, were these children not only rendered capable of inheriting, but also given all the other privileges of British subjects? As to this no hesitation seems to have been felt in placing upon the statute the more liberal construction ⁷⁾; and, any doubt which there may have

¹⁾ FORSYTH, *Leading Cases* 257 seqq.

²⁾ Ibid. 286 seqq.

³⁾ Joint opinion of the Attorney and Solicitor General Sir JOHN S. COPLEY and Sir CHARLES WETHERELL on the status of a citizen of the United States born before the peace of 1783 and resident in Canada; and also on the status of his son, born in the United States after that date, *ibid.* 324—5.

⁴⁾ *Doe. d. Thomas v. Acklam* (1812) 2 B and C. 779; *cp. Auchmutz v. Mulcaster* (1826) 5 B. and C. 771.

⁵⁾ *Isaacson v. Durant* 17 Q B. D. 54.

⁶⁾ Above 179—180.

⁷⁾ See BACON's argument *Works* (ED. SPEDDING) VII 652; in *Doe d. Duroure v. Jones* (1791) 4 T. R. at p 308 Lord KENYON C. J. said, "I cannot conceive that the Legislature in passing that Act (25 Ed. III) meant to stop short in conferring the right of inheritance merely on such children, but that they intended to confer on them all the rights of natural born subjects".

been, was put an end to by the statute of 1708 which enacted the children of natural born subjects born abroad should be deemed to be natural born subjects "to all intents constructions and purposes whatsoever" ¹⁾. Secondly, in order to take the benefit of the statute, must both the parents be subjects? The words of the statute of 1351 seem clearly to say that they must ²⁾. But in cases of the seventeenth century it was held that it would suffice if the father was a natural born subject, though the mother was a foreigner, because the woman being *sub potestate viri* both must be deemed to owe allegiance to the king ³⁾; and for this construction there was some mediaeval authority ⁴⁾. HALE however, was aware that this was a forced construction ⁵⁾; but he seems to have acquiesced in it on grounds of public policy ⁶⁾; so that it followed that the child of an English father born abroad, though not of an English mother, was a British subject. But this construction was opposed to the literal words of the statute of

¹⁾ 7 Anne c. 5; 10 Anne c. 5.

²⁾ Above 179.

³⁾ R. v. Eaton (1627) Litt. Rep. at pp. 28—9; Bacon v Bacon (1641) Cro. Car. 601 — "and it is not material although his wife be an alien, for she is as BERKLEY said, *sub potestate viri*, and *quasi* under the allegiance of our King"; HALE C. B. said in Collingwood v. Pace (1664). 1 Vent. at p. 428 that in his remembrance this case had been several times followed, see note 5.

⁴⁾ "Vide le printed livre d'abridgment dassizes, Engloys passa le meere et mary feme alyen, per ceo le feme est dallegeans le roy, et son issu enheritera", Bro. Ab. *Denizen* pl. 21.

⁵⁾ "The statute de Natis ultra mare 25 E. 3 declares that the issue born beyond sea of an Englishman upon an Englishwoman shall be a denizen, yet the construction hath been, tho' an English merchant marries a foreigner, and hath issue by her beyond the sea, that issue is a natural born subject", 1 Vent. at p. 427.

⁶⁾ "The case of the post nati commonly called *Calvin's Case*, the report is grounded upon this gentle interpretation of the law, tho' there were very witty reasons urged to the contrary; and surely if ever there were reasons for a gentle construction even in the case in question, it concerns us to be guided by such an interpretation since the union of the two kingdoms, by which many perchance very considerable and noble families of a Scottish extract may be concerned in the consequence of this question both in England and Ireland, that enjoy their inheritances in peace. I spare to mention particulars", 1 Vent. at p. 428.

1351¹⁾, nor was the doubt cleared up by the statute of 1708 which spoke only of the children of "natural born subjects born out of the ligeance of her Majesty". To clear it up it was enacted in 1730 that the children born abroad, whose fathers were natural born subjects, should be natural born subjects²⁾; and in 1773 it was enacted that the children of children who were natural born subjects by virtue of the provisions of the Act of 1730 should be natural born subjects³⁾. But it should be noted that it is now settled that the privilege conferred on these persons by these Acts was only a personal status, and it was not, as is the case with persons who are by virtue of their birth natural born subjects, transmissible to their descendants⁴⁾. There were it is true a few dicta which pointed to the contrary conclusion that persons made subjects by these statutes could transmit the status to their descendants *ad infinitum*⁵⁾. But it is clear that that interpretation was not the interpretation accepted in the eighteenth century, as, if it had been, the Act of 1773 would have been unnecessary⁶⁾.

During the nineteenth century these common law rules were found to be inconvenient, largely because, in the light of the newer ideas as to the acquisition and loss of subject status to which other nations were giving effect, they had become quite unsuited to the new political and economic conditions of the day. They were in fact too restrictive in respect both to the acquis-

¹⁾ In *Doe d. Duroure v. Jones* (1791) 4 T. R. at p. 308 Lord KENYON C. J. said that, "If we were now called upon for the first time to put a construction on the words of this statute, I should not think that they ought to be extended further than the natural import of the words, but that in order to be entitled to the privileges and benefits of that Act the children must be born of natural born parents, both father and mother, within the faith and ligeance of the king".

²⁾ 4 George II c. 21.

³⁾ 13 George III c. 21.

⁴⁾ *De Geer v. Stone* (1882) 22 C. D. 243.

⁵⁾ This was BACON's view of the effect of the Act of 1351, *Works* (Ed. SPEDDING) VII, 652; and it follows from the view held by some, above 180 n. 1, that the Act was merely declaratory of the common law; see the unsuccessful argument in *De Geer v. Stone* (1882) 22 C. D. at p. 248.

⁶⁾ *De Geer v. Stone* at pp. 252—3.

ition and to the loss of the status of a subject. It was becoming evident (i) that conflicting claims to allegiance resulted from the rule that all persons born on territory within the allegiance of the Crown, no matter what their parentage, were British subjects; (ii) that some better mode of acquiring the status of a British subject than by the cumbersome process of an Act of Parliament was desirable; (iii) that the doctrine of the indelibility of the status of the subject sometimes gave rise to serious international complications; and (iv) that the law as to the national status of married women was very unsatisfactory. Let us glance briefly at these four defects in the law.

i) The commissioners on the laws of naturalization and allegiance, who reported in 1869, pointed out that though the place of birth as a test of nationality was favoured by the law of Great Britain and the United States, the nationality of the father was adopted as the test by the law of France and of most other European nations. While admitting that the rule was open to objections, they considered that it had such real advantages in the provability of the test, and the speedy obliteration of racial disabilities, that it ought not to be abandoned. On the other hand they thought that it "ought not to be, as it now is, absolute and unbinding. In the case of children of foreign parentage it should operate only where a foreign nationality has not been chosen. Where such a choice has been made, it should give way"¹⁾. In this way, it was thought some of the objections²⁾ arising from conflicting claims of different states to the allegiance of the same person would be obviated.

ii) We have seen that in general naturalization required a special Act of Parliament³⁾. Even then the person so naturalized was never after 1714⁴⁾ allowed to become a privy councillor, a member of Parliament, the holder of a public office, or capable

¹⁾ Report of the Naturalization Commission, Parliamentary Papers (1868—9) XXV VIII; for some dissentient views see *ibid.* XI—XV; and cp. COCKBURN, *Nationality* 190 seqq.

²⁾ For a concrete illustration of the hardships which might arise from this source see COCKBURN, *Nationality* 68.

³⁾ Above 180.

⁴⁾ 1 George I c. 4; 12, 13 William III c. 2.

of receiving from the crown a grant of land in Great Britain or Ireland; and the same restrictions were imposed on persons, such as certain traders or foreign Protestants, who were from time to time granted the privileges of naturalization by general Acts¹⁾. A special naturalization Act cost about £ 100, and was condemned in 1843 as a costly and cumbersome process²⁾. In 1844 an Act was passed empowering the Crown to grant certificates of naturalization to aliens who had been resident in Great Britain for five years³⁾. An alien thus naturalized became a subject, but not for all purposes. He was still left incapable of becoming a Privy Councillor or a member of Parliament; he was subject to any other restrictions that might be imposed by his certificate of naturalization; and the power to impose these restrictions was used to limit the effect of naturalization to the dominions of the Crown⁴⁾. This Act almost entirely put an end to the grant of letters of denization and the passing of special naturalization Acts⁵⁾. But the Act was only intended to apply to persons who were bona fide residents in Great Britain, and it did not make those naturalized under its provisions British subjects for all purposes⁶⁾. The commissioners, while recommending the retention of the rule that the alien must have resided for five years, suggested that service under the Crown should be accepted in lieu of residence, and that a certificate of naturalization should make the recipient a British subject for all purposes⁷⁾.

iii) We have seen that though, as the result of a cession of territory, a subject who continued to reside in the ceded territory ceased to be a subject⁸⁾, the status of a subject was otherwise

¹⁾ E.g. 15 Charles II c. 15; 7 Anne c. 5, repealed by 10 Anne c. 5; 13 George II c. 7; 22 George II c. 45; 2 George III c. 25; see Parliamentary Papers (1868—9) XXV 6—7; for attempted legislation in 1672—3, see. Hist. MSS. Com. 9th. Rep. App. Pt. ii 19 n^o. 72.

²⁾ Parliamentary Papers (1868—9) XXV, 8.

³⁾ 7, 8 Victoria c. 66.

⁴⁾ COCKBURN, *Nationality* 115—6.

⁵⁾ Special Acts were sometimes asked for in order that the applicant might become a subject for all purposes; this was then possible as 1 George I c. 4 had been repealed by 7, 8 Victoria c. 66, Parliamentary Papers (1868—9) XXV, 8.

⁶⁾ Ibid. 9.

⁷⁾ Ibid. X. ⁸⁾ Above 194.

indelible. It was this rule which had no small share in bringing about war between England and United States in 1812. British seamen serving on board American vessels were impressed by the British government, although naturalized as American citizens; and the practice was justified by this doctrine of the indelibility of allegiance ¹⁾. Though peace was made with American in 1814 this principle was never in theory departed from; but the war had shown that it was impossible to enforce it strictly. Hence it is not surprising to find that it was condemned by the Naturalization Commissioners. "It is", they said ²⁾, "at variance with these principles on which the rights and duties of a subject should be deemed to rest; it conflicts with that freedom of action which is now recognised as most conducive to the general good as well to individual happiness and prosperity; and it is especially inconsistent with the practice of a state which allows to its subjects absolute freedom of emigration. It is inexpedient that British law should maintain in theory, or should by foreign nations be supposed to maintain in practice, any obligations which it cannot enforce and ought not to enforce if it could; and it is unfit that a country should remain subject to claims for protection on the part of persons who, so far as in them lies, have severed their connexion with it". They therefore recommended that a British subject should, on naturalization in a foreign country, cease to be a British subject.

(iv) Contrary to the rules of continental law, marriage had no effect on the nationality of the woman ³⁾. "An English woman marrying an alien still remained a British subject: an alien woman marrying a British subject remained none the less an alien" ⁴⁾. The latter branch of the rule was changed in 1843 ⁵⁾; but the doctrine of the indelibility of allegiance had prevented any change in the former branch. This change was recommended by the Naturalization Commissioners in 1869 ⁶⁾.

¹⁾ A good account of these disputes will be found in COCKBURN, *Nationality* 70 seqq. ²⁾ Report p. V.

³⁾ So that "if a man taketh an alien to wife and dyeth she shall not be indowed", Co Litt. 31b; FORSYTH, *Cases in Constitutional Law*, 340.

⁴⁾ COCKBURN, *Nationality*, 11, 12.

⁵⁾ 7, 8 Victoria c. 66 § 16. ⁶⁾ Report p. V,

The recommendations of the Naturalization Commission were carried out by the Naturalization Act 1870¹⁾. Natural born British subjects, who at birth were subjects of a foreign state by the law of that state, and persons born out of the dominions of the Crown of a father who was a British subject, were allowed to make a declaration of alienage²⁾; the law as to the conditions and effect of naturalization were modified on the lines suggested by the commissioners³⁾; British subjects who had become naturalized in a foreign state were allowed to renounce their allegiance⁴⁾; and the changes recommended by the commissioners were made in the law as to the effect of marriage on the national status of the woman⁵⁾. With the enactment of this statute we have reached the period of the modern law.

2. The disabilities of aliens.

It was recognised from a very early period that an alien had no rights in public law. A case decided in 1413 is in effect an application of this principle⁶⁾. In that case a juror was challenged because he was a Fleming and born out of the king's allegiance. It was admitted that this was the fact; but it was said that he ought to be sworn because he had lived all his life in England, and had sworn allegiance, it would seem, in the leet⁷⁾. But it was held that this did not make him competent. "Though", said HANKFORD J. "an alien be sworn in the leet or elsewhere, that does not make him a liege subject of the king, for neither the steward of a lord nor any one else, save the king himself, is able to convert an alien into a subject".

In private law his disabilities were, in the eyes of many of the mediaeval common lawyers⁸⁾, almost as complete as his disabilities in public law. The reasons which had led them to this conclusion are curious. They hinge partly upon the measures adopted by the king at the end of the thirteenth century with respect to lands in England belonging to Norman landowners, and partly upon the manner in which in the Middle Ages the

¹⁾ 33 Victoria c. 14. ²⁾ § 4. ³⁾ § 7. ⁴⁾ § 6. ⁵⁾ § 10.

⁶⁾ Y. B. 14 Hy. IV Hil. pl. 23.

⁷⁾ For the leet see HOLDSWORTH, *H. E. L.* i 63.

⁸⁾ Below 202—203.

rules of the land law influenced other branches of the common law.

We have seen that in the earlier part of the thirteenth century the king seized the lands of Normans and Frenchmen, subject to a reconsideration of their rights if a permanent peace ever came¹). If therefore such an alien claimed land he was not met, as in the later common law, by the peremptory plea that, being an alien, he could not hold land, but by the dilatory plea that he was a Frenchman and could not be answered here till Englishmen were answered in France²). But "that permanent peace never comes, and it is always difficult to obtain a restoration of lands which the king has seized" And so BRACTON's dilatory exception becomes a peremptory exception. "You are an alien and your king is at war with our king" becomes 'you are an alien'³). This episode explains as MAITLAND has pointed out, how it came to be the law both that an alien cannot hold English land, and that if he in fact purchases such land the purchase is not a mere nullity, but operates to divest the land from the conveyor, to convey it to the alien, and therefore to give the king the right to seize it on the ground that the alien is incapable of holding it⁴).

Once the law had reached this position the consequences of the alien's incapacity to hold land were, like other branches of the mediaeval land law, very fully worked out. As he cannot hold land he cannot inherit it⁵), nor can any claim to inherit through

¹) Above 191.

²) P. and M. i 445; above 192 n. 2; see the case of *Boistard v. Cumbwell* (1243) *Select Cases before the Council* 1—2, and *Introd.* XLVII—IX, where the question was raised, but not settled, whether, in the event of the next heir being an adherent of the king of France, the lord could seize, or whether the heir next in succession, being an adherent of the king of England, could take.

³) P. and M. i 446.

⁴) *Ibid.* i 445—6. "To us it seems that the king's claim to seize the lands of aliens is an exaggerated generalization of his claim to seize the lands of his French enemies. Such an exaggerated generalization of a royal right will not seem strange to those who have studied the growth of the king's prerogatives".

⁵) "A man seized of lands in fee hath issue an alien that is born out of the king's ligeance, he cannot be heir, *propter defectum subjectionis*, albeit he was born within lawful marriage", *Co. Litt.* 8a.

him ¹⁾. If he were made a denizen he could hold land; but he could not inherit from his father, and only his issue born after he had become a denizen could inherit from him ²⁾. The rule that no inheritance could be traced through an alien was modified in 1700 ³⁾; but the main principle of the law which made an alien incapable of holding land, and gave the king the right to seize, remained till 1870 ⁴⁾. It was justified in *Calvin's Case* on grounds of public policy. If the law were otherwise, "the secrets of the realm might thereby be discovered. The revenues of the realm (the sinews of war and the ornament of peace) should be taken and enjoyed by strangers born. It should tend to the destruction of the realm" ⁵⁾. It was approved by BLACKSTONE ⁶⁾; nor can we, who have seen some of the results of the German policy of commercial penetration of friendly states in time of peace, say as decisively as our immediate ancestors that these reasons are wholly mistaken.

This disability of the alien to hold land has had important effects upon the development of the law. We have seen that it has, more than any other single cause, helped to elucidate the law as to the persons whom the law will account as subjects. It inspired the Act of 1351 ⁷⁾, and it was a main cause for the enactment of the other eighteenth century statutes which extended the status of a British subject to other persons born abroad ⁸⁾. It was the means by which the status of the *post nati* was submitted to the adjudication of the courts in *Calvin's Case*. Similarly we shall now see that it had, in the Middle Ages, a considerable influence in determining the view which some of the common lawyers took of the position of the alien.

LITTLETON laid it down that an alien could bring no action real

¹⁾ "If an alien cometh into England, and hath issue two sons, these two sons are *indigenae* subjects born, because they are born within the realm. And yet if one of them purchase lands in fee, and dieth without issue, his brother shall not be his heir, for there was never any heritable blood between the father and them", *ibid*.

²⁾ *Ibid*, and 129a.

³⁾ 11, 12 William III c. 6.

⁴⁾ See Report of the Naturalization Commission, Parliamentary papers (1868—9) XXV. 137.

⁵⁾ (1609) 7 Co. Rep. at f18b.

⁶⁾ *Comm.* i. 360.

⁷⁾ Above 179.

⁸⁾ Above 196.

or personal ¹⁾. This in substance amounts to denying an alien any rights at all in private law; and that such a rule of law was laid down is probably, it seems to me, due to the extensive influence upon the mediaeval common law exercised by the real actions. It is obvious that an alien could not bring a real action because he was incapable of holding land; and LITTLETON's rule seems to be the result of transferring ideas originating in the sphere of the real actions to the other actions. It was a mistake which a common lawyer like LITTLETON, who was especially learned in the land law, was likely to make; and the more so because, during the greater part of the mediaeval period, the rights which aliens had were protected in courts and by remedies which were outside the sphere of the common law. We shall now see that, even when LITTLETON was writing, it was a view of the law which was being repudiated by the courts, and that it is very doubtful if it ever was the law.

It is obvious that a law which denies any rights to aliens will discourage trade; and to the interests of trade the legislature during the mediaeval period was by no means indifferent. Magna Carta had enacted that, "all merchants shall have safe and secure exit from England, and entry to England, with the right to tarry there and to move about as well by land as by water, for buying and selling by the ancient and right customs, quit from all evil tolls, except, in time of war, such merchants as are of the land at war with us" ²⁾. It is true that the rights and privileges of the boroughs very considerably restricted the freedom thus conferred on the alien ³⁾; but it is by no means clear that they were

¹⁾ "If such alien will sue an action real or personal, the tenant or defendant may say, that he was born in such a country which is out of the King's allegiance, and ask judgment if he shall be answered" § 198.

²⁾ "Omnes mercatores habeant saluum et securum exire de Anglia, et venire in Angliam, et morari et ire per Angliam, tam per terram quam per aquam, ad emendum et vendendum, sine omnibus malis toltis, per antiquas et rectas consuetudines, preterquam in tempore gwerre, et si sint de terra contra nos gwerrina", § 41.

³⁾ P. and M. i 447—8; and see L. Q. R. XXXVI 403 seqq. for a good account of the effect of the jealousy of the native trader in depressing the alien. They were fettered by rules as to 'hostage' i. e. the hosts with whom they must stay, by restrictions as to the length of their stay, and by restrictions on their right to carry on their trades.

deprived of all rights in the courts of common law ¹⁾; and it is certain that they got protection through agencies which operated outside the sphere of the common law. In 1303 they got from the king many privileges by the *Carta Mercatoria* ²⁾; in the courts of the fairs, of the staple, and other courts which administered the law merchant, their rights were protected ³⁾; and the king's Council and the court of Admiralty also protected them ⁴⁾. It is no doubt true that, owing to the difficulties thrown in their way by the privileges of the boroughs, who were jealous of the foreign merchant, they were in practice forced to rely upon the special courts where the law merchant was administered, and on the king's extraordinary jurisdiction; so that it is not altogether surprising that it should be said in 1473 that alien merchants ought to sue in the Chancery, and that their cases ought to be determined there, not according to the law of the land, but according to the law of nature ⁵⁾. But it would seem that this result had been produced, not because the courts of common law had ever held that they would give them no remedy, but because the privileges of the boroughs made it in practice difficult for them to get a remedy. "They can but seldom make their way to the king's justices because the courts of the towns in which they live claim an exclusive cognisance of actions brought against the burgesses, and when they do get to the royal courts there is a contest between privilege and privilege" ⁶⁾. If this is correct it may well be that COKE was right when, in commenting on LITTLETON, he main-

¹⁾ "We may perhaps regard COKE's doctrine that the alien friend is protected by 'personal actions' as ancient common law", P. and M. i 448.

²⁾ Ibid i 448; L. Q. R. XXXVI 404-5.

³⁾ HOLDSWORTH, *H. L. E.* i 307-12; *Select Cases on the Law Merchant* (S. S.).

⁴⁾ HOLDSWORTH, *H. E. L.* i 279, 321; *Select Cases before the Council* (S. S.) XXVII-VIII, LXX, LXXVI-VII, XCVIII-C.

⁵⁾ "*Le Chancellor*. Cest suit est pris par un marchand alien, qui est venus per safe conduit icy, et il n'est tenu de suer solonques le ley del terre a tarier le trial de XII homes, et auters solempnities del ley de terre, mes doit suer icy, et sera determine solonque le ley de nature en le Chancey et il doyt suer la de heur en heur et de jour [en jour] per le spede des marchants", Y. B. 13 Ed. IV Pasch. pl. 5 (p. 9).

⁶⁾ P. and M. i 449.

tained that at common law the incapacity of the alien to bring any kind of action applied only to alien enemies, and that alien friends were only incapacitated from bringing real or mixed actions ¹⁾. However that may be, it is clear that from the second half of the fifteenth century onwards the law was developing in this direction, and that by the middle of the sixteenth century COKE's statement was substantially correct.

The reason for this development must be sought in the beginnings of the rivalry between the common law courts and the Council and the Chancery, and in the desire of the common lawyers to compete with these courts by extending the jurisdiction of their courts. Towards the end of the fifteenth century they were already thinking of modifying their strict rules of venue so as to make it possible to hear cases which turned upon transactions entered into abroad ²⁾; the development of the action on the case was supplying a more adequate remedy for breaches of contract and for tort ³⁾; and, in consequence, the common law courts were absorbing much of the business formerly done by the courts of fairs and other mercantile courts, which, in the earlier mediaeval period, administered justice to the foreign merchant ⁴⁾. The effect of these developments was soon visible in the manner in which the courts treated the alien merchant; and as all substantial distinction between merchants and other classes of the community tended to disappear with the absorption of the law merchant into the common law, the rules made for the alien merchant soon became the rules for all aliens ⁵⁾.

¹⁾ "In this case the law doth distinguish between an alien that is a subject to one that is an enemy to the King, and one that is subject to one that is in league with the king: and true it is that an alien enemy shall maintain neither real nor personal action. Donec terrae fuerunt communes, that is, until both nations be at peace; but an alien that is in league shall maintain personal actions; for an alien may trade and traffick, buy and sell, and therefore of necessity he must be of ability to have personal actions, but he cannot maintain either real or mixt actions", Co. Litt. 129 b; above 203 n. 1.

²⁾ Critick by the present writer in *Columbia Law Rev.* XIV, 551.

³⁾ HOLDSWORTH, *H. E. L.* ii 378—9.

⁴⁾ Ibid. i 333—5.

⁵⁾ Coke said that it was only an alien merchant who could take a lease for years for his habitation, Co. Litt. 2b; below 207 n. 3; and the law is so

So soon as the common law courts began to think of giving some protection to alien merchants the distinction between alien friends and alien enemies which is hinted at in Magna Carta reappears. At first it seems to have been assumed that the alien friend must have come by licence and with a safe conduct. Thus in 1454 it was said that an alien who had come by licence and with a safe conduct, unlike an alien enemy, could bring an action of trespass against one who had broken into his house ¹⁾. But in 1480 it was assumed that any alien friend could maintain an action of debt upon an obligation ²⁾. In 1484 it was said that if he were robbed he should have restitution ³⁾; and in 1545 it was held that he could maintain all personal actions ⁴⁾. In 1547 it said that he could bring any personal action, own property, and buy and sell ⁵⁾; in 1552 "it was the opinion of the judges of the Common Bench that an alien who is not an enemy of the king can have goods and leases in England and can make his will of them, though he be not a denizen" ⁶⁾; and it was settled in the mediaeval period that he might be tenant by statute merchant or staple ⁷⁾, for the purpose of both the statute merchant and staple was to encourage trade by providing both for subjects and aliens a sure way of recovering their debts ⁸⁾. But the law was very jealous of allowing the alien to acquire any other interest in land; and it had been made more strict by a

stated in BACON *Ab Aliens* i 81; but probably the rule, even in the sixteenth century, applied to all aliens, see Dyer f 2b n (8); 7 Co. Rep. at f. 17a; it certainly applied to all aliens later, Bl. Comm. i 230.

¹⁾ "Si un alien come Lumbard, Galiman on tiel marchant que vient icy per licence et sauf conduit et prend icy en Londres, ou ailours, un meason pro le temps, si ascun debruse le meason, et prend ses biens, il aura action de trespass: mes s'il soit enemy le Roy, et vient eins sans licence ou sauf conduit auter est," Y. B. 32 Hy VI Hil. pl. 5 *per* Ashton J.; cp. Y. B. 13 Ed. IV Pasch. pl. 5 (p. 9) cited above 204, n. 5.

²⁾ Y. B. 19 Ed. IV Hil. pl. 4.

³⁾ Y. B. 2 Rich. III Mich. pl. 4; Bro. Ab. DENIZEN pl. 8.

⁴⁾ Dyer 2b.

⁵⁾ Bro. Ab. DENIZEN pl. 10.

⁶⁾ Benloe 36; S. C. Anderson 25.

⁷⁾ For these interests in land see HOLDSWORTH, *H. E. L.* iii 113-4.

⁸⁾ Dyer 2b n (8) citing Pasch 11 Ed. III Rot. 87.

statute of 1541¹⁾. Though in 1552 the judges said that he could own leases, it would seem from *Croft's Case* in 1587²⁾ that his right to take a lease was strictly limited to a lease of a house for his habitation and for the time during which he inhabited it³⁾. But, subject to this qualification, it would be true to say that by the end of the sixteenth century the alien friend could bring personal actions and could own personal property just as a subject.

On the other hand these cases show that the alien enemy remained rightless. He could bring no action in the courts⁴⁾, and his property and choses in action could be seized by the king, being "an enemy of our lord the king he could have no benefit from his laws"⁵⁾. It was only if, having a safe conduct from the king, he was, as COKE calls him, an 'inimicus permissus', that he had any rights of action⁶⁾. The only doubtful question, which was never quite settled, was whether an alien enemy who was an executor or administrator to a subject could sue in his representative capacity⁷⁾. That like the outlaw or the attainted

¹⁾ 32 Henry VIII c. 16 § 4; cf. *Pilkington v. Peach* (1680) 2 Shower 135; BACON, *Ab Aliens* i. 82.

²⁾ Co. Litt. 2b.

³⁾ "But as to a lease for years, there is a diversity between a lease for years of a house for the habitation of a merchant stranger being an alien, whose king is in league with ours, and a lease for years of lands, meadows . . . and the like. For if he take a lease for years of lands meadows etc. the king shall have it. But of a house for habitation he may take a lease for years as incident to Commercitiy . . . But if he depart or relinquish the realm the king shall have the lease. So it is if he die possessed thereof, neither his executors or administrators shall have it, but the king; for he had it only for habitation as necessary for his trade or traffick . . . But if the alien be no merchant then the king shall have the lease for years, albeit it were for his habitation, and so it is if he be an alien enemy", *ibid.*

⁴⁾ See Y. B. 19 Ed. IV Hil. pl. 4; Hale P. C. i 95; the best modern account of the position of the alien enemy at common law is contained in Lord SUMNER's dissenting judgment in *Rodriguez v. Speyer Bros.* [1919] A. C. at pp. 115 seqq.

⁵⁾ Dyer 2b.

⁶⁾ *Calvin's Case* (1609) 7 Co. Rep. at f 18a. citing Y. B. 32 Hy VI Hil. pl. 5, cited above 206 n. 1.

⁷⁾ The cases are conflicting; the cases against allowing the right of action are *Anon* (1589) Owen 45; *Anon* (1589) Cro. Eliza 142; but the authorities

person, he could be sued was probably always the law ¹⁾; but it was not finally settled till quite recently ²⁾. Probably the reason why this question remained so long unsettled is to be found in the fact that till recently most alien enemies worth suing were outside the jurisdiction of the English courts. The closer connexion between the nations under the changed commercial conditions of our own day and changes in the law of procedure, have made it necessary to decide formally that an alien enemy can be sued ³⁾.

We shall now see that this closer connexion between the nations, arising mainly from the growth of international trade and the social changes which have come in its train, has set in motion a course of legal development which has, in relation to civil rights and liabilities, substituted for the old line of division between subjects and aliens and between alien friends and alien enemies based on nationality a new line of division based on enemy character.

3. Enemy Character.

Lord LINDLEY, speaking of rights and liabilities arising under a contract with persons who subsequently become alien enemies, said ⁴⁾: "When considering questions arising with an alien enemy, it is not the nationality of a person but his place of business during war which is important. An Englishman carrying on business in an enemy's country is treated as an alien enemy in

in favour of allowing the right of action are more dumerous, see *Brocks v. Phillips* (1569) Cro; *Eliza* 683; *Caroon's Case* (1625) Cro. Car. 8; *Richfield v. Udell* (1667) Carter 191; *Villa v. Dimock* (1694) Skin. 370; they were considered to be in favour of the view of the enemy alien's right of action in such a case by BACON, *Ab aliens* i 84, by Sir E. V. WILLIAMS, and by Lord FINLAY, see *Rodriguez v. Speyer Bros.* [1919] A. C. at p. 70.

¹⁾ Thus COKE says, Co. Litt. 129b, that "An alien that is condemned in an information shall have a writ of error to relieve himself: et sic de similibus".

²⁾ All the authorities will be found in the Attorney General's argument and the judgment of the court in *Porter v. Freudenberg* [1915] 1 K. B. at pp. 864—5, 880—883; apparently the first statement of this rule, apart from Coke's statement cited in the last note, is Bacon's statement in his *Abridgment* (7th Ed.) i 183 cited *ibid.* at p. 881.

³⁾ *Porter v. Freudenberg* [1915] 1 K. B. 857.

⁴⁾ *Janson v. Driefontein Consolidated Mines* [1902] A. C. at pp. 505—6.

considering the validity or invalidity of his commercial contracts. Again the subject of a State at war with this country, but who is carrying on business here or in a foreign neutral country, is not treated as an alien enemy; the validity of his contracts does not depend on his nationality, nor even on what is his real domicile, but on the place or places in which he carries on his business or businesses." It is clear from this passage that modern law has evolved a test of enemy character for the purpose of civil rights and liabilities which is independent of the question of nationality. When and how did this new conception come into the law?

The first step towards its adoption was taken at the close of the seventeenth century. Technically it took the form of an extension of the rule that an alien enemy, if allowed by the crown to reside in this country, had the position of an alien friend. The underlying reasons why the courts made this extension were due certainly to the closer intercourse between nations which was the result of the growth of modern conditions of commerce, and probably also to the fact that at that time a number of French Protestants, who were technically but only technically alien enemies, were allowed to reside in England. Both these reasons seem to have weighed with the court in the case of *Wells v. Williams*¹⁾, which must be regarded as the starting point of the development of the modern conception of enemy character, because it was the first case in which the rule as to the circumstances under which alien enemies could be held to be residing here by permission of the Crown was extended²⁾.

The action in this case was an action of debt on a bond. The defendant pleaded that the plaintiff was an alien enemy born in France of French parents, and that he came to England without a safe conduct. The plaintiff replied that he was in England by the licence and under the protection of the king. It was argued that, though this was so, he could maintain no action unless he had an actual safe conduct. But the court held "that the necessity of trade has mollified the too rigorous rules of the old law in

¹⁾ (1697) 1 Ld. Raym 282.

²⁾ See MC NAIR, *Legal Effects of War*, 31.

their restraint and discouragement of aliens... Commerce has taught the world humanity". If the plaintiff came here before the war he had no need of a safe conduct. Even if he came here since the war, "yet if he has continued here by the king's leave and protection ever since, without molesting the government or being molested by it, he may be allowed to sue, for that is consequent to his being in protection". TREBY C. J. further pointed out that the king, in his declaration of war, excepted all the French Protestants¹⁾. The later cases have varied as to what facts will amount to residence in this country with the implied sanction of the government; but it has never since been doubted that if such sanction can be shown the alien enemy is put into the same position as an alien friend²⁾.

The cases which establish this principle thus show that the principle of nationality is disregarded in considering the position of alien enemies allowed to remain in this country. Their enemy character is purged. The converse proposition that enemy character will attach to a subject or a neutral who carries on business in an enemy's country was probably also recognized in the latter part of the seventeenth century;³⁾ but, as a definite legal principle it was not established till the following century. It would seem that the technical reasoning by means of which this posi-

¹⁾ "And Treby Chief Justice said in this case last Trinity term that the king may declare war against one part of the subjects of a prince, and may except the other part. And so he has done in this war with France, for he has excepted in his declaration of war with France all the French Protestants", 1 *Ld. Raym.* at p. 283; note that in 1708 Parliament passed an Act to naturalize foreign Protestants generally, 7 Anne c. 5, which was repealed in 1711, 10 Anne c. 5.

²⁾ See *Sylvester's Case* (1702) 7 Mod. 150; *George v. Powel* (1717) Fort. 221: stricter proof as to the sanction of the Crown seems to have been required in *Boulton u. Dobree* (1808) 2 Camp. 163, and *Alciator v. Smith* (1812) 3 Camp. 245; but as Mr. MC. NAIR says, *op. cit.* 33 n.l. *Wells v. Williams* was not cited in either of these cases; the modern rule is laid down in *Porter v. Freudenberg* [1915] 1 K. B. at pp. 870—1.

³⁾ In S. P. Dom. 1677—8, 246 there is an opinion, probably by the law officers, given in answer to enquiries by Sir. R. LLOYD and Sir Th. EXTON, to the effect that "a natural born subject having his fixed abode beyond the seas loses the privileges of an Englishman, and subjects his own estate to the same forfeitures as the subjects of that place are liable in time of war."

tion was established was based on the principle that British subjects are forbidden, without the licence of the Crown, to have any commercial intercourse with the enemy. The classical exposition of this principle was given by Sir W. SCOTT in the case of *The Hoop* in 1799;¹⁾ and it was natural that it should be so, because the question of what amounts to trading with the enemy, so as to render the goods of the trader liable to seizure, necessarily comes frequently before a court which is exercising a jurisdiction in Prize. The application of the principle is of course not confined to the Prize court; and it was again clearly enunciated by WILLES J. in 1857²⁾. As the Court of Appeal have pointed out in the case of *Porter v. Freudenberg*³⁾ the principle was in earlier days based on "the conception that all subjects owing allegiance to the Crown were at war with the subjects of the States at war with the Crown"; but that later "it was based upon public policy which forbids the doing of acts which will be or may be to the advantage of the enemy State by increasing its capacity for prolonging hostilities in adding to the credit money or goods or other resources available to individuals in the enemy state." It was because the principle was placed upon this new basis that the courts were able to come to the conclusion that enemy character attached both to subjects and neutrals who carried on business in any enemy state. This conclusion was reached at the beginning of the nineteenth century.

It had been laid down in 1799 that a British subject who was naturalized and carrying on trade in the United States had the commercial privileges of such a citizen, though, in his capacity of British subject, he was not entitled to these privileges⁴⁾.

¹⁾ 1 C. Rob. 196.

²⁾ "It is now fully established that, the presumed object of war being as much to cripple the enemy's commerce as to capture his property, a declaration of war imports a prohibition of commercial intercourse and correspondence with the inhabitants of the enemy's country, and that such intercourse, except with the licence of the Crown, is illegal", *Esposito v. Bowden* 7 El. and Bl. at p. 779.

³⁾ [1915] 1 K. B. at pp. 867—8.

⁴⁾ *Marryat v. Wilson* 1 B. and P. 430.

This showed that the courts were beginning to lay stress upon the consideration of commercial domicile. Three years later this consideration was applied to attach enemy character to a British subject residing and carrying on trade in an enemy's country ¹⁾; and it is clear firstly that the judges based their reasoning on the same ground of public policy as that upon which the prohibition of trading with the enemy was based ²⁾; and secondly that they recognised that this attribution of enemy character to the subject who resided and carried on trade in the enemy's country really rested on a principle similar to that which denied enemy character to the alien enemy who resided in this country under the protection of the king ³⁾. And, though the principle upon which enemy character was attributed or denied to any given person was reached mainly by reference to cases connected with subjects trading in hostile territory or alien enemies trading in this country, it is not confined to traders. It was formally decided in 1915 ⁴⁾ that it applies equally to residents who are not traders. Here, as in other cases, law made primarily for traders has become the common law for all.

During the century which had elapsed from the close of the Napoleonic wars to the outbreak of the war in 1914 the international character and organization of trade had become more pronounced; and the disabilities of aliens in private law had almost vanished after the passing of the Naturalization Act of

¹⁾ *M'Connell v. Hector* (1802) 3 B. and P. 113.

²⁾ "Every natural born subject of England has a right to the King's protection so long as he entitles himself to it by his conduct; but if he live in an enemy's country he forfeits that right. Though these persons may not have done that which would amount to treason, yet there is an hostile adherence and a commercial adherence; and I do not wish to hear it argued that a person who lives and carries on trade under the protection and for the benefit of a hostile state, and who is so far a merchant settled in that state that his goods could be liable to confiscation in a court of prize, is yet to be considered as entitled to sue as an English subject in an English court of justice", *ibid.* at p. 114 *per* Lord ALVANLEY C. J.

³⁾ "It is well known that if an alien enemy be residing here under the king's protection he may sue; but if an Englishman be resident in a hostile country the king cannot enable him to sue", *ibid.* at p. 114 *per* ROOKE J.

⁴⁾ *Porter v. Freudenberg* [1915] 1 K. B. at p. 869.

1870¹⁾. Those who initiated and pursued the German commercial policy of peaceful penetration in preparation for the German war for world empire, had made skilful use of the weakening of national barriers which had followed upon the growth of the international character and organization of trade, and upon the growing cosmopolitan habit of mind in the leaders of industry and commerce. For that reason the commercial facts to which the courts were called upon to apply the existing principles as to the attribution of enemy character presented problems of a far more complex character than had ever been known in any former war. On the whole the existing principles proved themselves capable of solving the problems which were thus set to them; but necessarily they gained in precision; and were, in some respects, modified in their application to new facts. For, as we might expect, the removal of the disabilities of aliens in private law, and the growth of the international character and organization of trade, have caused the question of enemy character to become, from some points of view, more important than the question of enemy nationality. This fact is illustrated by very many cases which have come before the courts. But it perhaps comes out most strongly in two leading cases — the case which turns on the enemy character of a corporation, and the case which settles the manner in which the law will regard the plea of alien enemy.

It was held by Lords PARKER and SUMNER in the *Daimler Case*²⁾ that, just as in the case of an individual, his nationality is, from the point of view of his civil rights and liabilities, unimportant as compared with the place of his residence, so in the case of a corporation, its place of incorporation is unimportant as compared with its real character as disclosed by the sympathies and activities of the men who control it³⁾. It was held

¹⁾ Above 200.

²⁾ *Daimler Co. v. Continental Tyre and Rubber Co.* [1916] 2 A. C. 307, at pp. 338 seqq.

³⁾ But, obviously, the working out of this parallel involves the drawing aside of the corporate screen, and confusing the corporation with the natural men who compose it. In point of fact the parallel thus drawn between disregarding the nationality of a British subject, and disregarding the nationality of a British corporation situated as this corporation was situated, is not exact.

in the case of *Rodriguez v. Speyer Bros.*¹⁾, that, just as in attributing or denying enemy character to an individual, we must look mainly at the rule of public policy which renders it illegal to trade with the enemy; so in considering whether we should apply to a firm, in which one of the partners is an alien enemy, the rule which absolutely prohibits an alien enemy from suing, we must look at the facts, and consider whether as a matter of public policy it is expedient in any given case to allow the alien enemy to join with the other partners in suing. In both cases the facts which were once thought to be all important — the place of incorporation in the case of a company, the nationality in the case of an individual — must give way to considerations based on the activities of the corporation or the individual, and on the expediency of encouraging or discouraging such activities on grounds of public policy.

We attribute enemy character to, that is we disregard the nationality of a British subject, if, being resident abroad, he trades with the enemy. If he tried to pursue this course of conduct in a place within the jurisdiction of the British courts he could be proceeded against criminally. His nationality would certainly not be disregarded in such a case. Surely in these rules no warrant can be found for disregarding the nationality of a corporation who, being resident within the jurisdiction of the British courts, pursues enemy activities. If the parallel is to be pursued exactly the conclusion would be, not that its nationality can be disregarded, but that it should be punished. In fact, it was probably the absence of power to dissolve or otherwise punish such a corporation which inspired this misleading parallel. The confusion thus introduced between the corporation and the natural men who compose it is contrary to the most fundamental of all the principles of corporation law.

¹⁾ [1919] A. C. 59.

LE RÔLE DE L'INITIATIVE PRIVÉE DANS L'ŒUVRE DE LA RÉVOLUTION EN MATIÈRE DE CODIFICATION ET DE CONSTITUTION

PAR

J. VAN KAN.

I

La Révolution, abordant dès le début avec énergie la tâche codificatrice, songea à réaliser enfin le rêve des siècles antérieurs. L'œuvre née de cet effort, œuvre partiellement accomplie, partiellement restée à l'état de travaux préparatoires, fut tout entière œuvre officielle. Le code pénal de 1790, le code MERLIN, la loi sur l'organisation judiciaire sont les produits des travaux des comités de législation. La législation civile a sans doute été moins privilégiée que la législation criminelle. Mais les tentatives entreprises par la Révolution en vue de la confection du code civil, les trois projets CAMBACÉRÈS ainsi que le projet JACQUEMINOT, ont été, de leur côté, des tentatives officielles. A plus forte raison la constitution de 1791 et celle de 1793 furent-elles conçues, puis préparées, enfin projetées suivant les ordres exprès du gouvernement.

Est-ce à dire que l'initiative privée se soit tenue à l'écart de ce travail? Il n'en est rien. Bien au contraire, dans presque chacune des phases de l'entreprise législative, l'initiative privée, très-alerte, devançant les efforts du gouvernement, s'est offerte, énergique, entreprenante, pleine de zèle, prête au labeur. Pas un de ces efforts n'a abouti. C'est même pour cette raison qu'on les a un peu oubliés et à coup sûr négligés. A quoi bon s'arrêter

à ces avant-projets, puisque presque aucun d'eux n'a réussi à influencer la législation telle qu'elle a été réalisée, ou même telle qu'elle a été examinée ou discutée par les représentants de la nation? Je n'hésite pas à dire, cependant, qu'on se méprendrait singulièrement sur l'intérêt que ces travaux méritent si on les jugeait au seul point de vue de leur résultat pratique. Au point de vue historique, l'œuvre privée qui a échoué nous fait connaître, aussi bien que l'œuvre officielle qui a réussi, les vœux de l'époque et les espérances qui vivaient dans l'âme du peuple. Mieux qu'elle peut-être, elle renferme tout un trésor de documents précieux pour quiconque cherche à faire la psychologie de la codification. J'entends ici la codification dans un sens très-large, en y comprenant la détermination légale des principes fondamentaux élaborés dans les constitutions.

C'est pourquoi je me propose de relever quelques détails peu connus, voire oubliés, sur le rôle de l'initiative privée dans la confection des constitutions et des codes révolutionnaires.

II

Dès avant la Révolution, les aspirations nationales tendaient à la formation d'un code civil unique pour tout le royaume. Seulement, l'Ancien Régime n'encourageait guère les particuliers à se mêler d'affaires que l'on prétendait être du ressort du gouvernement. Cependant le nouvel esprit qui, sous le règne de Louis XVI, commençait à souffler en France, avait balayé les scrupules. Aussi les plumes se mettent en mouvement. On réclame hautement les réformes et, parmi celles-ci, la réforme de la justice et de la législation civile. Les hommes de loi, avocats, magistrats, théoriciens quelques-uns, se sentant libres, se disposent à offrir des projets de code civil à la nation.

Il n'est pas nécessaire de s'arrêter à deux projets généralement connus, lancés tous les deux en 1789. Il suffit de les signaler. Ce sont le *Nouveau code civil* proposé par OLIVIER et le *Projet de la législation civile* esquissé par PHILIPPEAUX ¹⁾. Ce qui est

¹⁾ Voir SAGNAC, *La législation civile de la Révolution*, Paris 1898, p. 47 n. 1 et CAUVIÈRE, *L'idée de codification en France*, Paris 1910, p. 68 et 70.

moins ou même pas du tout connu, c'est que le projet OLIVIER, à son tour, n'est qu'un projet amélioré et révisé par l'auteur. C'est dire qu'il y a eu un premier projet OLIVIER, datant celui-ci de 1786. OLIVIER était le type ordinaire de l'idéaliste médiocre, presque banal au XVIII^e siècle. Homme de bien, philosophe piteux, manquant de connaissances juridiques solides, quoique „docteur en droit", il avait, lui aussi, la critique aisée et la réforme toute prête. Depuis quelque temps déjà, il rêvait d'un nouvel ordre de choses juridique, d'une nouvelle justice, d'une nouvelle magistrature, surtout d'une nouvelle législation ¹⁾. Il s'épuisa en travaux préparatoires, bourrés de raisonnements fastidieux et vagues. En 1786, il se risqua à lancer un projet de code civil: 87 pauvres articles précédés d'un unique article préliminaire ²⁾. Seule une confiance absolue et enfantine en la „raison naturelle" pouvait se contenter d'un pareil code succinct qui, en réalité, n'était qu'un code de principes. L'effort était presque puéril. Il n'en reste pas moins le premier effort de codification civile générale qui ait été tenté en France.

L'année même de la Révolution, parut le projet OLIVIER, révisé, ainsi que le projet PHILIPPEAUX. A la même époque, un quatrième projet fut lancé, partiel celui-ci, n'embrassant que le droit des personnes et des successions, touchant à peine et le plus sommairement possible à quelques autres matières; le tout comprenant 187 articles distribués sous 17 titres ³⁾. Il s'annonçait comme *Esquisse d'un code uniforme pour tout le royaume* ⁴⁾.

¹⁾ *Principes du droit civil romain*, Paris, 1776; *Civilis doctrinae analysis philosophica, essai sur la conciliation des coutumes françaises*, Rome, 1777; *De la rédaction des lois dans les monarchies*, Amsterdam, 1789.

²⁾ *De la réforme des lois civiles*, Paris, 1786, t. I, p. 273—301.

³⁾ En voici la distribution: titre I des personnes (4 articles), t. II des successions (art. unique), t. III de la succession et légitime des descendants (5 art.), t. IV de la succession des ascendants et des conjoints (15 art.), t. V de la succession des collatéraux (10 art.), t. VI de l'acceptation et répudiation des successions (25 art.), t. VII des bâtards (18 art.), t. VIII de la réversion (6 art.), t. IX des donations entre-vifs (16 art.), t. IX (bis) des testaments (18 art.), t. X des mariages (6 art.), t. XI des gains de survie (8 art.), t. XII de la communauté (15 art.), t. XIII du douaire (20 art.), t. XIV des cens (6 art.), t. XV des retraits (10 art.), t. XVI de la contrainte par corps (4 art.).

⁴⁾ Je n'ai point réussi à déterminer l'auteur de cet ouvrage qui ne manque

L'année suivante, un avocat, VICTOR (AVOYNE DE) CHANTEREYNE, qui plus tard, en 1814, fut député, tenta encore une esquisse non d'un code civil, mais des principes d'un code civil rangés par ordre des matières et tout prêts à être arrangés en articles ¹⁾. Il n'y était guère question que de mariage et de successions.

A cela se réduit l'initiative privée qui s'offrit spontanément. Bientôt l'Assemblée Nationale songe à s'assurer de son concours pour la réalisation de ses intentions. Le 16 octobre 1791, le député GARRAN DE COULON propose d'inviter solennellement tous les citoyens à communiquer les vues utiles qu'ils pourraient avoir sur le perfectionnement des lois. Il demande même que cette invitation soit adressée aux étrangers „qui, depuis l'extrémité de l'empire jusqu'en Amérique, ont manifesté le grand intérêt qu'ils ont pris à la révolution française” ²⁾. Une motion expresse proposée en ce sens est votée ³⁾. Le 18 Avril 1792, l'Assemblée reçoit une lettre du sieur MOURGAND DE LAGRANGE contenant des réflexions sur le code civil. Je n'ai pas réussi à retrouver cette pièce qui était sans doute de quelque importance, puisque l'Assemblée décréta qu'il fût fait mention honorable de l'offre et renvoya le mémoire au comité de législation ⁴⁾. L'année suivante,

pas de curiosité. Le projet se trouve à la bibliothèque du British Museum, Collection CROKER, F. R. 171, 1. Malheureusement les premières pages manquent, celles qui mentionnent le titre du livre dans lequel le projet est englobé (p. 69—112) et, sans doute, le nom de l'écrivain. Mes recherches à la Bibliothèque Nationale sont restées sans succès.

¹⁾ *Essai sur la réforme des lois civiles*, Paris et Caen, 1790, p. 13—179. Voici le plan de l'ouvrage: du mariage — des conventions matrimoniales — de la puissance du mari sur la personne et sur les biens de la femme -- de la communauté — du douaire — droit de viduité — du droit de garde — des donations entre mari et femme — des secondes noces — des donations entre vifs et testamentaires -- des testaments — de la saisine et de l'acceptation des successions — institutions contractuelles — bénéfice d'inventaire — des rapports et de l'incompatibilité de différentes qualités — des actes d'héritier et des renonciations -- des partages des dettes et actions des créances — contribution aux dettes -- charges de la succession.

²⁾ *Archives parlementaires*, 1^e série, t. XXXIV, p. 250.

³⁾ On observa cependant qu'il serait plus simple de réunir, dans le but proposé, un certain nombre de jurisconsultes dans la capitale. Observation de TURPETIN. Brit. Mus. F. R. 171, pièce 7, p. 1.

⁴⁾ *Archives parlementaires*, 1^e série, t. XLII, p. 124—125.

une réponse formelle à l'appel de la Législative fut rédigée par un magistrat parisien, P. J. AGIER. Celui-ci fit paraître un volume intitulé *Vues sur la réformation des lois civiles suivies d'un plan et d'une classification de ces lois*, Paris 1793, contenant certains projets de loi sur des matières touchant encore la famille et les successions, le tout en 127 articles ¹⁾.

C'est à ces vagues mesures préparatoires que se borna l'activité de la Législative en ce qui regarde la codification du droit civil.

Au début, la Convention ne fit rien de plus. De temps en temps une exhortation venait du dehors lui rappeler la tâche qui attendait toujours ²⁾. Vers le milieu de l'année 1793, les affaires semblèrent prendre une tournure sérieuse. Le 25 juin l'assemblée décréta, sur la proposition du citoyen CHARLIER, de charger le comité de législation de présenter „l'organisation d'un code civil” ³⁾.

C'est à ce moment-là, fort bien choisi d'ailleurs, qu'intervient la présentation du projet DURAND-MAILLANE, sans que soit manifeste, à première vue, l'importance qu'il faut attacher à cette manœuvre. Le citoyen DURAND-MAILLANE était membre du comité de législation. Il n'avait, cependant, reçu aucun mandat. Son projet de code civil est une œuvre purement privée. L'auteur, s'exagérant l'autorité qui semblait résulter de sa situation officielle, se flattait sans doute de l'espoir de faire admettre son travail par la

¹⁾ P. 103—138. Voici la distribution des matières: I adoption, légitimation, (34 art.), II successions, dispositions (26 art.), III droits des conjoints par mariage (19 art.), IV droits respectifs des enfants et de leur père et mère, tutelle, curatelle (48 art.).

²⁾ Un incident qui ramena l'attention de la Convention sur la législation civile, du moins partielle, mérite, par sa curiosité, d'être raconté. Le 2 décembre 1792, un gamin de dix ans se présenta à la barre et s'exprima ainsi: „Citoyens législateurs, je n'ai que dix ans... Je suis orphelin... Un ami me reste; il voudrait m'adopter. Que j'obtienne cette grâce, législateurs. Décretez l'adoption; des milliers d'infortunés vous béniront comme moi”. Ce fut sans doute une petite mise en scène montée par quelque partisan de l'adoption légale. On ne dédaignait pas, dans ce temps-là, d'avoir recours au beau geste théâtral! Alors le citoyen LANTHENAS, député de Rhône-et-Loire, s'écria: „Hâtons-nous de réformer le code des lois civiles qui nous régissent”. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LIV, p. 53.

³⁾ *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXVII, p. 447.

Convention, manifestement en quête d'un projet acceptable. Les événements ont détrompé cette prévision. Si le travail de DURAND-MAILLANE fut reçu avec respect, il ne fut point pris en considération. Le 8 juillet, le *Plan de code civil* est lu au comité de législation. Le lendemain, le comité demande d'être autorisé à faire imprimer les ouvrages des membres de la Convention sur la législation civile qui lui paraîtraient contenir des vues utiles à la chose publique ¹⁾. A la suite de cette décision, le projet DURAND-MAILLANE est imprimé. Il est porté à la connaissance de la Convention le 9 août et publié, comme 13^e annexe, à la suite du compte-rendu de la séance de ce jour ²⁾. On n'en a plus parlé depuis.

Le même jour, le premier projet CAMBACÉRÈS, officiel celui-ci, est présenté. Il fixe tout de suite l'attention de la Convention. Dès lors les projets, tous composés par ordre du gouvernement, se succèdent et l'initiative privée, cédant définitivement le terrain au législateur, n'essaie plus guère d'intervenir.

Il y eut, cependant, encore quelques dernières tentatives, tellement insignifiantes d'ailleurs qu'elles passèrent à peu près inaperçues. En juillet 1795, parut un libelle intitulé *Pacte social* ³⁾, où des questions de droit constitutionnel, de droit pénal et de droit privé étaient juxtaposées en une forme quasi-législative, jetées pêle-mêle, sans système, presque sans ordre. Un certain nombre de rubriques avaient trait à la matière civile ⁴⁾. Enfin le citoyen GUILLEMOT donna essor une dernière fois à l'effort individuel, en publiant, en 1797, son *Projet d'un code de successions*, en deux parties et dix-neuf titres, soit 244 articles ⁵⁾.

¹⁾ *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXVIII, p. 476.

²⁾ *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXX, p. 663.

³⁾ „Par un Français”, Paris, an III. Bibl. Nat. Lb 41 4495; Brit. Mus. F. R. 89, 24.

⁴⁾ En voici l'énumération (t. I p. 57—74): la naissance, le domicile, le mariage, les contrats de mariage, les empêchements, les cérémonies du mariage, le serment de l'époux, les secondes noces, le divorce, le divorce relativement à la fortune, les tutelles, les donations entre-vifs, les legs, les successions, les mutations, rentes et échanges, les garanties et hypothèques, l'intérêt du prêt, les dettes, le décès, la propriété territoriale, les propriétés industrielles (et) commerciales.

⁵⁾ (Paris), s. d. Bibl. Nat. F. 36117 et 8^o Le 43 4037.

Peu de temps auparavant, le même auteur avait présenté au Corps législatif un *Projet de code de la procédure civile* ¹⁾. Mais cette fois-là le citoyen J.-B. GUILLEMOT avait été le porte-voix de la commission de classification des lois. Il s'agit donc d'une oeuvre officielle.

Toutefois la procédure civile fut, elle aussi, l'objet d'une tentative privée. Celle-ci remonte à 1789. A cette époque, on s'occupait beaucoup de l'organisation judiciaire dont la révision radicale apparaissait naturellement comme l'une des premières conséquences du nouveau régime établi. Ce fut encore l'occasion pour les faiseurs de projets d'offrir leurs travaux au gouvernement et à la nation. Un de ces amateurs, dont le nom est d'ailleurs resté ignoré, publia un *Nouveau plan d'administration de la justice civile*, qui était un projet de loi sur l'organisation judiciaire, et y ajouta une *Suite du nouveau plan* où il élaborait un projet de loi sur la procédure civile. Ce projet est divisé en deux parties : la première expose, en 8 chapitres et 171 articles, „les règles générales ou premières de la procédure” ; la seconde traite, en 4 chapitres et 87 articles, de ce que l'auteur appelle „les règles secondaires dont l'usage sera moins fréquent.”

III

Dès le début, l'activité privée se porta de préférence sur un autre champ d'application. L'élaboration des codes, supposant des connaissances juridiques sérieuses, ne ravissait que le groupe assez restreint des hommes de loi. La constitution par contre étant, en apparence du moins, du domaine de tous les citoyens, tenta la grande masse des publicistes et aussi un peu des parleurs de tous genres.

Lorsque l'Assemblée Constituante s'apprêta à rédiger le catalogue des droits de l'homme destiné à figurer en tête de la constitution, les bons conseils affluèrent de tous côtés sous forme de projets. Au sein de l'Assemblée même, une bonne douzaine de plans surgirent, dont trois officiels, celui du Comité de constitu-

¹⁾ Paris, germinal V. Bibl. Nat. 8°. Le 48 839; Brit. Mus. F. R. 179 et R 416, 2.

tion, celui du Comité des Cinq et celui du Sixième Bureau, lequel, on le sait, fut finalement choisi par l'Assemblée pour servir de texte à la discussion ¹⁾.

Les autres projets étaient œuvre privée des députés. Il y avait avant tous les autres le célèbre projet LAFAYETTE, dont lecture fut faite dans la séance du 11 juillet ²⁾. Celui-ci non seulement lança l'idée même de la déclaration, mais il servit de canevas à tous ceux qui sont venus après lui. Dans sa simplicité sobre, il conservera toujours, à travers les longs débats souvent confus, la valeur de l'original et jusqu'à la fin il sera respecté comme tel ³⁾.

Puis se succédèrent: le projet SIÉYÈS, le projet TARGET, le projet MOUNIER, le projet THOURET, un second projet SIÉYÈS, le projet GOUGES-CARTOU, le projet PISON DE GALLAND, un double projet DUPORT, le projet du duc DE LÉVIS, enfin le projet d'un cultivateur-député du nom de TERME, présentés tous soit à l'Assemblée même, soit à un de ses comités. Parmi ces travaux, ceux de l'abbé SIÉYÈS et celui de MOUNIER eurent le plus de succès ⁴⁾. Les six premiers ont été insérés dans les *Archives parlementaires* ⁵⁾. Les quatre derniers ne figurent pas dans cette collection ⁶⁾.

Ce n'est pas tout. Il y eut encore un plan imaginé par l'avocat du parlement de Grenoble, DE SERVAN ⁷⁾, puis un autre qui était l'œuvre d'un paysan anonyme ⁸⁾ et enfin d'autres projets anony-

¹⁾ On trouve ces documents insérés dans les *Archives parlementaires*, 1^e série, t. VIII, p. 285, p. 438 et p. 431.

²⁾ *Arch. parl.*, 1^e série, t. VIII, p. 221.

³⁾ Voir le discours de LALLY TOULANDAL, *Arch. parl.*, 1^e série, t. VIII, p. 458.

⁴⁾ Voir *Arch. parl.*, 1^e série, t. VIII, p. 458 et la communication du président de l'Assemblée, à la p. 459.

⁵⁾ 1^e série, t. VIII, p. 256, 288, 289, 325, 422, 427.

⁶⁾ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, par A. F. PISON DE GALLAND, membre de l'Assemblée Nationale, Versailles (1789). Bibl. Nat. Le 29 1954; Brit. Mus. F. 807, 4. — *Projet d'une déclaration des droits*, par M. DU PORT, Paris, 1789. Bibl. Nat. Lb 39 7604. *Projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du gouvernement*, par M. D. (= DUPORT), Versailles. (1789), Bibl. Nat. Lb 39 7603. — *Essai sur la déclaration des droits de l'homme*, (par le duc de LÉVIS), (Paris, 1789). Bibl. Nat. Lb 39 7599. — *Des droits de l'homme et du citoyen*, par M. TERME, cultivateur, député d'Agen, (Paris, 1789), Bibl. Nat. Le 29 149.

⁷⁾ Reproduit dans les *Arch. parl.*, 1^e série, t. VIII, p. 306.

⁸⁾ *Projet de déclaration de droits naturels civils et politiques de l'homme*, fondés

mes ne portant, pour toute mention d'auteur, que des initiales ¹⁾ ou un pseudonyme comme „un citoyen français” ²⁾. Tout le monde s'en mêlait et donnait son avis.

La déclaration des droits de l'homme servait d'introduction à la loi fondamentale. La grande besogne à faire c'était la constitution même. Elle aussi tenta l'initiative privée comme elle était l'objet des préoccupations du gouvernement. Dès 1789, les plans de constitution surgirent dans la capitale comme en province. Plusieurs d'entre eux étaient précédés d'un projet de déclaration, augmentant ainsi le nombre des projets qui se disputaient la préférence de l'Assemblée Nationale.

D'abord un certain nombre de députés donnèrent sur l'organisation politique de la France leurs vues toutes prêtes sous forme de plans de constitution. Il y eut un essai de „code public national”, travail assez remarquable, contenant l'esquisse d'une constitution détaillée, de la main d'un publiciste nommé LE PRINCE qui, en imprimant son nom à l'envers, se dissimulait à demi sous l'anagramme ECNIRP'EL ³⁾. Il y eut encore une esquisse élaborée avec non moins de soin par un député de la noblesse d'Auvergne, le comte DE RAYNAUD DE MONTLOSIER ⁴⁾, et une autre, moins volumineuse, embrassant néanmoins l'ensemble des matières à régler, émanant d'un député du tiers-état de la sénéchaussée d'Aix, CH. F. BOUCHE ⁵⁾.

sur des principes évidents et des vérités incontestables, par un paysan, Paris, 1789. Bibl. Nat. Lb 39 7605; Brit. Mus. F. R. 78, 14.

¹⁾ *Essai sur la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, par M. G. DE ST. F., (Paris, 1789). Bibl. Nat. Lb 39 7600. — Projet de déclaration des droits de l'homme, par M. W., (1789), Bibl. Nat. Lb 39 7602.*

²⁾ *Projet de déclaration des droits d'un citoyen français, Versailles, 1789. Bibl. Nat. Lb 39 7606.*

³⁾ *Essai sur la formation d'un code public national, par M. ECNIRP'EL (Paris, 1789). Bibl. Nat. Lb 39 6929; Brit. Mus. F. R. 77, 10. Le projet se compose de 188 articles.*

⁴⁾ *Essai sur l'art de constituer les peuples ou examen des opérations constitutionnelles de l'Assemblée Nationale en France, par M. FRANÇOIS-DOMINIQUE DE RAYNAUD DE MONTLOSIER, député de la noblesse de la sénéchaussée d'Auvergne, Paris, 1790. Bibl. Nat. Lb 39 3666; Brit. Mus. F. R. 79, 15. On trouve le projet à la page 241. Il contient 153 articles.*

⁵⁾ *Charte concernant la constitution française dans ses objets fondamentaux*

Il faut signaler un autre genre de travaux moins mûris, plus superficiels, forgés souvent à la hâte sans doute, ne sortant guère des généralités imprécises et des principes vagues. Telles sont les contributions de l'archidiacre DE PRADT, député du clergé de Caux¹⁾, des députés du tiers VYAU DE BAUDREUILLE²⁾ et MOUNIER³⁾. Tel encore un libelle, rédigé dans un style fort déclamatoire, qui mérite une mention spéciale non pas tant à cause de sa valeur intrinsèque qu'à cause du rôle réservé à son auteur, d'ailleurs non désigné, lequel était MARAT. C'est, en une soixantaine de pages, un exposé des principes constitutionnels jugés utiles à la France de 1789, exposé plutôt que projet proprement dit, la mise en articles faisant défaut⁴⁾. Bientôt abondèrent les projets succincts, trop brefs et incomplets, partant inutilisables, lancés par des politiciens qui rêvaient une solution trop simpliste aux graves problèmes législatifs. Je signale: un projet de l'avocat SOBRY en 32 articles⁵⁾, un projet sans nom d'auteur en 47 articles⁶⁾, un projet SIÉYÈS en 58 articles⁷⁾, un projet BOISSEL en 70 articles⁸⁾. Il y en eut d'autres encore tout à fait sommaires, dépourvus de base solide, fabriqués à la hâte, presque au hasard, dirait-on, par des

proposée à l'Assemblée Nationale, par CHARLES-FRANÇOIS BOUCHE, avocat au parlement et député de la sénéchaussée d'Aix. Arch. parl., 1^e série, t. VIII, p. 400. En 81 articles.

¹⁾ *Constitution présentée à l'Assemblée Nationale en forme de motions successives, par M. D. P. T. (= DE PRADT), député de l'Assemblée Nationale, (Paris, 1798), en 19 articles. Bibl. Nat. Lb 39 7799; Brit. Mus. F. R. 76, 17.*

²⁾ *Projet de constitution, par M. V. DE B., député de St. P. L. M., (1789) (= VYAU DE BAUDREUILLE, député de Saint-Pierre-le-Moûtier), en 121 articles. Bibl. Nat. Lb 39 7801.*

³⁾ *Considérations sur les gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France, soumises à l'Assemblée Nationale. Arch. parl., 1^e série, t. VIII, p. 407.*

⁴⁾ *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, suivi d'un plan de constitution juste, sage et libre, Paris, 1789. Bibl. Nat. Lb 39 7221; Brit. Mus. F. R. 78, 19.*

⁵⁾ *Projet d'une constitution soumis à l'Assemblée Nationale de 1789, par M. SOBRY, avocat (1789). Bibl. Nat. Lb 39 7630; Brit. Mus. F. 807.*

⁶⁾ *Essai d'un citoyen. Nouvelle édition, (1789). Brit. Mus. F. R. 80, 3.*

⁷⁾ *Projet de constitution. Arch. parl., 1^e série, t. VIII, p. 424.*

⁸⁾ *Le code civique de la France ou le flambeau de la liberté, Paris, 1790. Bibl. Nat. Lb 39 3752; Brit. Mus. F. R. 171, 6 et 82, 3.*

constituants d'occasion: un projet du député RABAUD DE ST. ETIENNE¹⁾, un projet du député GALLOT²⁾ et deux plans anonymes³⁾.

Au début de la Révolution, jusqu'à des médecins et des curés de campagne se piquèrent d'éclairer la nation et l'Assemblée sur la constitution future. Il faut dire tout de suite que leurs travaux ne figurent point au dernier rang parmi les écrits de l'époque. *L'esprit d'une constitution nationale*, „par un curé de campagne”⁴⁾, qui se trouva être l'abbé PY, curé d'Effiat, fait preuve d'une connaissance assez sérieuse de la matière et de beaucoup de bon sens. Il contient l'énumération des droits de l'homme en 17 articles et la nomenclature des principes constitutionnels, en onze chapitres et 242 paragraphes. *Le Projet de constitution* par le docteur DE LA METHERIE⁵⁾, exposant en 80 points les bases de la constitution, est, lui aussi, l'ouvrage d'un homme sensé et modéré.

IV

Vis-à-vis de l'œuvre constituante à refaire par la Convention, l'initiative privée joua un rôle semblable à celui qu'elle avait joué vis-à-vis de l'œuvre constituante à faire par l'Assemblée Nationale.

Il y eut, en apparence, divergence d'attitude à l'égard de la nouvelle déclaration des droits de l'homme et du citoyen. C'est que, cette fois-ci, on ne rencontre qu'un nombre fort restreint de libelles qui se bornent à dresser le catalogue des fameux droits.

¹⁾ *Projet du préliminaire de la constitution française*, Versailles, 1789. Bibl. Nat. Le 29 125. Il faut rapprocher de cette pièce deux autres écrits du même auteur: *Les principes de toute constitution*. Arch. parl., 1^{re} série, t. VIII, p. 403 et les *Idées sur les bases de toute constitution*. Arch. parl., 1^{re} série, t. VIII, p. 406.

²⁾ *Vues sur les bases de la constitution et la déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Versailles (1789). Bibl. Nat. Le 29 106.

³⁾ *Principes généraux de la constitution française*, (1789). Bibl. Nat. Lb 39 7219 et *Idées sommaires sur la constitution*, (1789). Bibl. Nat. Lb 39 7798.

⁴⁾ Paris, 1790. Bibl. Nat. Lb 39 8500; Brit. Mus. F. R. 79, 9.

⁵⁾ Voici le titre complet de la brochure: *A Nosseigneurs des Etats-Généraux. Projet de constitution pour une grande nation libre telle que la nation française*, par M. DE LA METHERIE, docteur en médecine, (Paris, 1789). Bibl. Nat. Lb 39 7218; Brit. Mus. F. R. 78. 9.

Je n'en ai trouvé que quatre, dont trois émanant de représentants du peuple qui, bien entendu, n'avaient reçu dans ce but aucun mandat officiel. C'étaient les députés CUSSET ¹⁾, BLAVIAL ²⁾ et CARNOT ³⁾. Il est fait mention en outre d'un ouvrage populaire, offert à la Convention, dès le mois d'octobre 1792, dans lequel le citoyen BOUCHESEICHE esquissait ce qu'il intitulait *Le catéchisme de la déclaration des droits de l'homme* ⁴⁾. Est-ce à dire que les idées que couvait le gouvernement, sur les droits de l'homme à proclamer, étaient moins sujettes à critique qu'auparavant? Nullement. Mais la nation s'était déjà habituée à considérer la *déclaration* comme le premier chapitre de la constitution, et l'initiative privée, en formulant ses projets propres des droits fondamentaux, engloba ces projets, à titre préliminaire, dans le plan général de la constitution.

Or, en 1793, comme en 1789, toute une pléiade de législateurs privés s'apprêtaient à offrir au gouvernement leur concours d'ailleurs sollicité. Car la Convention avait lancé son appel aux quatre coins du monde, invitant, par décret du 19 octobre 1792, „tous les amis de la liberté et de l'égalité à lui présenter, en quelque langue que ce fût, les plans, vues et les moyens qu'ils croiraient propres à donner une bonne constitution à la république française” ⁵⁾.

Dès 1792, l'intérêt que la nation portait à la cause publique de la constitution à reviser était en éveil. Aux premiers jours de la Convention, un certain mouvement se dessine déjà dans le public. De cette époque datent trois plans conçus dans une forme semi-législative, arrangés en articles, il est vrai, mais en articles mal

¹⁾ *Projet relatif aux droits de l'homme, par le citoyen JOSEPH CUSSET, député du département de Rhône-et-Loire*, (Paris, 1792 ou 1793). Bibl. Nat. Le 38 1946; Brit. Mus. F. R. 85, 7; inséré dans les *Arch. parl.*, 1^o s., t. LXII p. 338 e. s.

²⁾ *Projet de déclaration des droits des peuples pour servir de base à la constitution française, présenté par le citoyen BLAVIAL, député du département du Lot*. (Paris 1793). Bibl. Nat. Le 38 2324; Brit. Mus. F. R. 86, 5. *Arch. parl.*, 1^o série, t. LXVII p. 246 e. s.

³⁾ *Déclaration des droits du citoyen, proposée par L. CARNOT, député du département du Pas-de-Calais*, Paris 1793, Bibl. Nat. Le 38 2552; Brit. Mus. F. R. 86, 16. *Arch. parl.*, 1^o série, t. LXII, p. 335 e. s.

⁴⁾ *Arch. parl.*, 1^o série, t. LII, p. 660.

⁵⁾ *Arch. parl.*, 1^o série, t. LII, p. 577.

façonnés dont quelques-uns ont la longueur d'une dissertation. Ce sont le projet LEFÉBURE, proposant de décréter successivement quatre lois fondamentales, qui seraient suivies de huit articles fondamentaux, puis d'une cinquième loi fondamentale ¹⁾; ensuite le plan LE SUEUR en 112 articles à dimensions fort inégales, dont un certain nombre sont d'une prolixité fatigante et tout à fait impropres à être érigés en formule légale ²⁾. Ce sont là des idées propres à sernir de base à la constitution plutôt que des projets proprement dits; enfin un plan partiel en 15 articles, d'ailleurs démesurément étendus, imaginé par DE RUBIGNY ³⁾.

Les projets tout faits ne tardent pas à s'annoncer. Ils s'annoncent même en foule. En parcourant cette nouvelle série d'œuvres, on est frappé tout de suite du progrès réel que marque cette phase de la collaboration privée. La constitution achevée sert de guide et de point de départ aux nouveaux constituants libres. On a franchi le stade du premier effort et l'on met à profit les leçons reçues. Aussi le genre de projets tout à fait superficiels et souvent puérils, qui naguère était à la mode, sera-t-il plus rare désormais. A part la constitution girondine sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir, on est frappé de rencontrer une douzaine ou plus d'esquisses assez mûrement réfléchies, minutieusement élaborées dans les détails, harmonieusement proportionnées dans les parties et dans l'ensemble. La plupart d'entre elles émanent de membres de la représentation nationale, agissant à leurs risques, non à leurs frais, puisque tous ces projets étaient imprimés par ordre de la Convention, aux frais de la République. Si l'on peut faire un reproche à ces travaux, c'est qu'ils pèchent généralement par la longueur, quelques-uns par la prolixité du style, presque tous par l'abondance exagérée des matières. Tels sont: le projet CAPPIN en

¹⁾ *Constitution de gouvernement pour la nation française, par LOUIS LEFÉBURE, membre du conseil général de la commune de Paris, Paris, (1792). Bibl. Nat. Lb 41 2392.*

²⁾ *Idées sur l'espèce de gouvernement populaire qui pourrait convenir à un pays de l'étendue et de la population présumée de la France. Essai présenté à la Convention Nationale par un citoyen, (Paris), 1792. La préface est signée: THÉODORE LE SUEUR, citoyen de la section de la Réunion. Bibl. Nat. Lb 41 5065. Arch. parl., 1^e série, t. LXII, p. 548 e. s.*

³⁾ *Arch. parl., 1^e série, t. LXII, p. 564 e. s.*

17 titres et 205 articles, sans compter un 18^e titre que l'auteur emprunte au comité ¹⁾, contenant, en fait de matière évidemment superflue, assez curieuse d'ailleurs, un chapitre (XVII) relatif à un nouveau système de calendrier républicain; le projet MONT-GILBERT, en 19 titres, sans compter un titre pris au comité, et 280 articles, renfermant notamment la réglementation des récompenses publiques ²⁾; le projet BOURGOIS, fort long, mais fort soigné et élaboré avec connaissance du sujet ³⁾; le projet BARAILON, plus long que tous les autres, en 27 sections — dont la dernière traite du costume national! — et 728 articles ⁴⁾; le projet LAMBERT en 14 titres et 445 articles ⁵⁾; le projet POULTIER D'ELMOTTE, en 14 chapitres, dont un sur le mariage, et 259 articles ⁶⁾. Enfin les projets PÉNIÈRES ⁷⁾, ROUZET DE FOLMONT ⁸⁾, Du-

¹⁾ *Projet de constitution*, par CAPPIN, député du département du Gers, Paris, 1793. Bibl. Nat. Le 38 2410; Brit. Mus. F. R. 85, 6. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXIV, p. 236 v. v.

²⁾ *Avis au peuple sur la liberté et l'exercice de ses droits contenu dans un projet de constitution républicaine*, par FRANÇOIS-AGNÈS MONT-GILBERT, député de Saône-et-Loire, Paris, 1793. Bibl. Nat. Lb 41 2394; Brit. Mus. F. 805, 8. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXVII, p. 352 e. s.

³⁾ *Plan de constitution proposé à la république française*, par J.-F.-A. BOURGOIS, citoyen d'Aumale, député à la Convention Nationale par le département de la Seine-Inférieure, (Paris, 1793). Bibl. Nat. Le 38 2333; Brit. Mus. F. R. 85, 3. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXIII, p. 259 e. s.

⁴⁾ *Projet de constitution présenté à la Convention...*, par JEAN-FRANÇOIS BARAILON, membre de la Convention Nationale, député par le département de la Creuse, Paris, 1793. Bibl. Nat. 8^e Le 38 270; Brit. Mus. F. R. 86, 3. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXVII, p. 187 e. s.

⁵⁾ *Plan de constitution républicaine*, par CHARLES LAMBERT, député du département de la Côte-d'Or, (Paris, 1792). Bibl. Nat. Le 38 2345; Brit. Mus. F. R. 87, 16. *Arch. parl.*, 1^e série, LXII, p. 438 e. s.

⁶⁾ *Constitution populaire, présentée à la nation française*, par FRANÇOIS POULTIER, député du Nord, Paris 1793. Bibl. Nat. Le 38 2093; Brit. Mus. F. R. 85, 14. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXII, p. 482 e. s.

⁷⁾ *Plan et projet de constitution pour la république française, présentés à la Convention Nationale* par J.-AUG. PÉNIÈRES, membre de la représentation nationale et député du département de la Corrèze, Paris, 1793. Bibl. Nat. Le 38 2290; Brit. Mus. F. R. 85, 13. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXII, p. 477 e. s.

⁸⁾ *Projet de constitution française*, par J.-M. ROUZET (DE FOLMONT), député de la Haute-Garonne, (Paris, 1793. Deux ans après le projet fut imprimé une deuxième fois, augmenté, à titre d'introduction, de considérations générales

PONT ¹⁾ et DAUNOU ²⁾, raisonnables tous les quatre, rédigés respectivement en 116, 125, 147 et 155 articles.

Parmi ces travaux, il en est un qui est digne d'une mention toute spéciale. C'est le projet BOISSY D'ANGLAS. Le ferme et noble président d'un jour de la Convention Nationale s'y montre législateur doué. Son plan de constitution, en 401 articles, distribués sous 13 titres, et précédés d'une *déclaration*, compte parmi les meilleurs monuments que l'initiative privée a produits ³⁾.

Les particuliers, eux aussi, par goût ou par manière de distraction, rivalisaient de zèle et d'ambition. De leurs efforts sont nés certains projets assez remarquables, dignes d'être rangés parmi les travaux qui, sans le moindre doute, ont contribué à éclairer la nation et les comités législatifs. Tel le projet RAGONNEAU, en 17 chapitres et 180 articles ⁴⁾. Un autre plan, sans nom d'auteur celui-ci, imprimé en province, élaboré avec beaucoup de soin, pêche un peu par la longueur. Il comprend 302 articles sous 113 titres, dont le 13^e tout au moins, se rapportant au „commerce pour l'abondance des subsistances", figure à tort parmi les matières consti-

et de réflexions jointes aux articles, sous le titre: *Vues critiques sur la constitution que les Français sont intéressés à se donner*, Paris, an III. On trouve le projet à la page 13 du libelle. Bibl. Nat. Le 38 1506; Brit. Mus. F. R. 91, 14. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXII, p. 496 e. s.

¹⁾ *Bases de la constitution française*, par P.-C.-F. DUPONT (DE BIGORRE), député des Hautes-Pyrénées, (Paris, 1793), Bibl. Nat. 8°. Le 38 2549; Brit. Mus. F. R. 86, 26. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXVII, p. 310.

²⁾ *Essai sur la constitution*, par P.-C.-F. DAUNOU, député du Pas-de-Calais, Paris, 1793. Bibl. Nat. 8°. Le 38 2548; Brit. Mus. F. R. 85, 8. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXII, p. 350 e. s. Le même auteur, à la même époque, fit paraître sur la même matière un pamphlet écrit en forme populaire: *Vues rapides sur l'organisation de la république française*, (Paris, 1793), Bibl. Nat. Lb. 41 2390; Brit. Mus. F. R. 86, 17; *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXII, p. 343 e. s. Voir encore *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXVII p. 283.

³⁾ *Projet de constitution pour la république française, rédigé et présenté par BOISSY-D'ANGLAS, député du département de l'Ardèche à la Convention Nationale*, (Paris, an III (réimpression)). Bibl. Nat. Le 38 2183; Brit. Mus. F. R. 85, 2. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXII, p. 289 e. s.

⁴⁾ *Plan d'une nouvelle constitution présenté à la Convention Nationale par un citoyen ami de l'ordre et de la paix*. La brochure est signée: RAGONNEAU, citoyen du département de la Vendée, Fontenay, 1793. Bibl. Nat. Lb. 41 2989; Brit. Mus. F. R. 85, 15. *Arch. parl.*, 1^e s., t. LXIV p. 252 e. s.

tutionnelles ¹⁾. Un autre projet également anonyme, conçu en 1793, est présenté comme plan général de constitution républicaine applicable à la France et dont pourraient se doter, en outre, „tous les grands états, comme l'Angleterre, l'Espagne, la Belgique, etc.” ²⁾. C'est là un effet de l'illusion généralisatrice de l'époque.

Tous ces efforts portent la marque de vues solides et ingénieuses, ce qui caractérise généralement, en 1793, l'initiative privée dans l'accomplissement national de l'œuvre constitutionnelle. Cependant, à cette époque comme antérieurement, les tentatives moins sérieuses entreprises par des particuliers, en vue de diriger les travaux des commissions, ne manquèrent pas. Il y eut encore toute une série de projets construits, par des députés aussi bien que par de simples citoyens, dont la valeur intrinsèque était trop minime pour qu'ils pussent exercer quelque influence sur la marche des travaux ou sur l'opinion publique. Ils n'en sont pas moins l'expression caractéristique de la mentalité du pays. Nous allons rapidement les passer en revue. Signalons : le projet DEBRY, réunissant, en 47 articles, un choix de maximes constitutionnelles, précédées d'une déclaration des droits de l'homme, en 12 articles ³⁾; le projet CHABOT, condensé en 64 articles, y compris une *déclaration*, décelant un esprit utopique grisé par les belles promesses des phrases illusives courantes ⁴⁾; un projet sans nom d'auteur,

¹⁾ *Plan de constitution française*, Laon, 1793. Bibl. Nat. Lb. 41 2990; Brit. Mus. F. R. 87, 4.

²⁾ *Constitution pour la république française, applicable à tous les grands états comme l'Angleterre, l'Espagne, la Belgique, etc.*, Strasbourg et Paris, 1793. Bibl. Nat. Lb 41 2992.

³⁾ *Projet de déclaration des droits de l'homme et de constitution française, présenté par JEAN DEBRY* (= JEAN.-ANT.-JOS. baron DE BRY. Le baron DE BRY, suivant la mode de l'époque, taisait son titre et dissimulait la particule nobiliaire), *député du département de l'Aisne*, Paris, 1793. Bibl. Nat. Le 38 2606; Brit. Mus. F. R. 85, 4. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXIII, p. 236 e. s.

⁴⁾ *Projet d'acte constitutif des Français, par FRANÇOIS CHABOT, député de Loir-et-Cher*, Paris, (1793). Bibl. Nat. Le 38 2416; Brit. Mus. F. 806, 4. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXVII, p. 261 e. s. L'article 1^{er} du Ve titre est ainsi conçu : „Tous procès et contestations entre les citoyens sur le territoire de la république sont abolis; et, néanmoins, ceux qui sont actuellement en litige nommeront trois arbitres chacun pour terminer leurs différends dans la huitaine”. Voilà la justice civile réglée pour le présent. Quant à l'avenir, l'article 3 du même

qui s'annonce comme une critique du projet gouvernemental et, à la suite d'une discussion très sommaire et très superficielle, en 60 articles, ébauche un plan extrêmement vague ¹⁾; un projet BOISSEL de même nature, précédé, celui-ci, d'une longue introduction en forme de dialogue, lequel est illisible ²⁾; un projet anonyme, en 102 articles, modestement intitulé *Quelques idées sur une constitution populaire pour un grand état* ³⁾, d'une conception visiblement supérieure à la grande masse des plans de cette catégorie, ce qui peut également se dire du projet LAGRANGE et DUPIN, rédigé en 129 articles ⁴⁾, enfin un projet CUSSET ⁵⁾, insuffisant par sa brièveté qui touche à la pénurie. Le fatras de l'époque atteint son comble en ce domaine de la littérature législative avec un projet de constitution républicaine, „présenté au genre humain en général et au peuple français en particulier” par un soi-disant „citoyen du monde” du nom de CHERHAL MONT-RÉAL, qui se risque à tracer les grandes lignes de la constitution idéale de l'avenir. Le projet contient 131 articles dont quelques-uns sont d'une prolixité exaspérante. C'est, en réalité, un amas diffus et verbeux de droit constitutionnel, de droit pénal et de droit civil, où ne manquent pas même les formules dogmatiques de pure doctrine, tournées à la façon d'articles de loi” ⁶⁾.

Puis ont paru un certain nombre d'écrits tendant à exposer les principes constitutionnels, dédaignant la forme législative, laissant le soin de la mise en articles au législateur qu'ils prétendaient convaincre: une esquisse du citoyen THORILLON imbue des illusions les plus fantaisistes, dans laquelle celui-ci, usant d'un

titre s'en charge: „Tous les citoyens sont tenus d'accepter l'offre du jury pour vider les contestations de leurs frères”.

¹⁾ *Observations sur le projet de constitution proposé par la commission des Onze, adressées à la Convention Nationale, par un citoyen français.* (Paris, 1789). Brit. Mus. F. 807, 11.

²⁾ *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXVI, p. 629 e. s.

³⁾ *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXIII, p. 296 e. s.

⁴⁾ *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXIV, p. 248 e. s.

⁵⁾ *Arch. parl.*, 1^e série, t. LXIII, p. 599 e. s.

⁶⁾ *Constitution républicaine présentée au genre humain en général et au peuple français en particulier, par CHERHAL MONT-RÉAL, citoyen du monde.* (Paris, 1793). Bibl. Nat. Lb 41 2991. *Arch. parl.*, 1^e série, t. LX, p. 615 e. s. A la page 9 on trouve cet exemple du style législateur de l'auteur: „L'intention est l'acte moral qui détermine à une action” (= *A. P.* p. 617).

style déclamatoire et ampoulé, développe ses idées sur la base d'une nouvelle constitution ¹⁾; un plan „d'une bonne constitution républicaine” ébauché par le citoyen BACON en 9 „articles” qui sont de véritables chapitres ²⁾; un autre essai, anonyme celui-ci, par „un citoyen du district de Montivilliers” dans le même style persuasif et arrogant des gens aux convictions rapides et faciles ³⁾, enfin une série d'*Idées simples de constitution*, présentée par le député COUPÉ ⁴⁾.

La Convention avait fait appel aux étrangers aussi bien qu'aux Français. C'est en Angleterre que cet appel eut un certain retentissement. Parmi les travaux, tous fort insignifiants d'ailleurs, qu'il provoqua, un seul paraît avoir quelque prétention à être un projet de constitution, ou pour mieux dire se présente comme un simulacre de projet. L'auteur était un nommé GEORGES EDWARDS ⁵⁾ qui, après avoir déjà exposé ses *Idées pour faire une nouvelle constitution* ⁶⁾, fit suivre peu de temps après cette étude d'un *Plan de constitution* ⁷⁾, dans lequel il essaie de résumer sous une forme

¹⁾ *Idées ou bases d'une nouvelle déclaration des droits de l'homme, de celle de ses devoirs et d'une nouvelle constitution pour la république française*, par ANTOINE JOSEPH THORILLON, Paris, 1793. Bibl. Nat. Lb 41 2980; Brit. Mus. F. R. 85, 18; *Arch. parl.*, 1^{re} série, t. LXII, p. 582 e. s. A la page 40 on trouve la phrase „qu'il (ne devrait y avoir) d'autre code civil que la raison humaine”.

²⁾ *Plan patriotique ou idées d'une bonne constitution républicaine en France*, par le citoyen BACON, (Paris, 1793). Bibl. Nat. Lb 41 2988. On trouve un exposé succinct par le même auteur dans les *Arch. parl.*, 1^{re} série, t. LXIII, p. 601 e. s.

³⁾ *Essai sur la constitution française*, par un citoyen du district de Montivilliers, Rouen 1793. Bibl. Nat. Lb 41 2993.

⁴⁾ *Arch. parl.*, 1^{re} série, t. LXVII p. 267 e. s.

⁵⁾ Un autre auteur anglais, ROBERT MERRY, fournit un exposé pur et simple des principes constitutionnels (Voir *Arch. parl.*, 1^{re} série, t. LVIII, p. 174). D'autres encore, J. SMITH et DAVID WILLIAMS, livrèrent des vues critiques sur la constitution de 1791 jugées utiles à la confection de la nouvelle constitution (Voir *Arch. parl.*, 1^{re} série, t. LXII, p. 570 e. s. et t. LXIII, p. 583 e. s.).

⁶⁾ *Idées pour former une nouvelle constitution et pour assurer la prospérité et le bonheur de la France et d'autres nations*, par GEORGES EDWARDS, anglais, Paris, 1793. Bibl. Nat. *E 4248 et 8^o Lb 41 2986; *Arch. parl.*, 1^{re} série, t. LIX, p. 482 e. s.

⁷⁾ *Plan d'une constitution, tirée de la constitution française, telle qu'elle a été présentée par le comité de la Convention Nationale, d'une autre constitution intitulée „Idées pour former une nouvelle constitution de la France” par GEORGES EDWARDS, anglais, et de nombreuses additions qui y ont été faites, par un étranger*, Paris an II. Brit. Mus. F. 804, 3.

plus positive et soi-disant législative les idées esquissées auparavant en les comparant, cette fois, au projet de constitution du gouvernement. Il y est bien question d'„articles”, mais ces articles sont si démesurément prolixes qu'en réalité il n'y a qu'une apparence d'articles. Le citoyen EDWARDS a même été admis à la barre de la Convention Nationale, dans la séance de 28 février 1793 ¹⁾.

Cette littérature marque déjà le passage de l'effort direct et positif de l'initiative privée, s'appliquant à construire des projets de loi, à l'immense part indirecte que prend une nation aux travaux législatifs de son gouvernement par la diffusion des critiques et la propagation des idées nées dans le peuple.

A partir de 1789, toute une avalanche de brochures, libelles, pamphlets s'était abattue sur la France, critiquant, conseillant, inspirant le législateur, travaillant l'opinion publique de toutes les façons. On y touchait à bien des choses, un peu à tout. Il était naturel qu'on s'y occupât, et non en dernier lieu, de la constitution. Ce fut, sans doute, encore une large part, indirecte il est vrai, que les particuliers prirent à la confection de la grande œuvre nationale à accomplir. Mais il ne s'agit plus ici d'initiative législative privée.

V

Lorsque, en 1795, le gouvernement révolutionnaire se disposa pour la troisième fois à mettre en chantier une nouvelle constitution, l'attention nationale se révéla, sinon apaisée, du moins fortement diminuée. Il y eut, cependant, encore quelques tentatives d'intervention privée, et par conséquent un certain nombre, beaucoup plus réduit que dans le passé, de projets constitutionnels.

La transition entre la constitution en vigueur et la nouvelle constitution à établir est marquée par un plan sans nom d'auteur, qui, sous le titre un peu tapageur de *Balancier politique* ²⁾, se présentait comme „un projet d'additions et de corrections à faire à la constitution de 1793”. Lancé à la veille de la revision que méditait la Convention, ce projet peut être considéré comme se rattachant à l'œuvre constituante de l'an III.

¹⁾ *Arch. parl.*, 1^e série, t. LIX, p. 331.

²⁾ En 124 articles, Paris, an III. Bibl. Nat. Lb. 41 1859; Brit. Mus. F. R. 89, 1.

Un autre projet, remarquable et assez solide, bien qu'un peu long, fut rédigé en 16 titres, précédés d'une *déclaration*, en tout 590 articles, par le „vrai républicain” LIÉBAUD ¹⁾. Bien qu'en apparence le projet s'annonce comme destiné au peuple polonais, on ne peut guère douter de la véritable intention de l'auteur. Le plan LIÉBAUD présente, d'ailleurs, une particularité bien curieuse: en plaçant à la tête du gouvernement un „consul-1^{er}-magistrat”, investi d'un très large pouvoir, il semble être le précurseur prématuré du système qui sera formulé légalement en France le 22 frimaire VIII.

Pour terminer, rappelons un écrit déjà mentionné plus haut et intitulé *Pacte social*, publié „par un Français”, en juillet 1795, dans lequel, parmi beaucoup de choses jetées pêle-mêle, l'auteur se risque à fixer les points cardinaux de la constitution ²⁾. Enfin, l'an III vit paraître une réimpression du projet BOISSY-D'ANGLAS ³⁾, ainsi qu'une nouvelle édition, augmentée, d'un plan de constitution lancé pour la première fois en 1793, plan que nous avons également rencontré ci-dessus ⁴⁾. C'est le projet ROUZET DE FOLMONT dont l'auteur, en le rééditant au moment où les représentants de la nation projetaient de rechef une nouvelle constitution, se flattait sans doute de nouveaux espoirs.

¹⁾ *Projet de constitution pour le peuple polonais et pour tous les peuples qui, n'ayant point de gouvernement fondé sur la liberté et l'égalité, en voudront une assise sur cette base*, Paris, an III. Brit. Mus. F. R. 90, 15.

²⁾ Voir plus haut à la page 220, note 3.

³⁾ Voir plus haut à la page 229, note 3.

⁴⁾ Voir plus haut à la page 228, note 8.

NUOVI FRAMMENTI DELLE ANTICHE LEGGI DI GORTYNA IN CRETA.

NOTIZIA DI A. ZOCCO-ROSA.

È noto, che nella seconda metà del passato secolo HALBHERR e FABRICIUS scoprirono a Gortyna, in Creta, una grande epigrafe, la quale conteneva le antiche leggi di quella vetustissima città ¹⁾. Si è scoperta, più tardi, una nuova epigrafe cretese, di cui il COMPARETTI rileva la grande importanza storico-giuridica in una memoria intitolata: *Iscrizione arcaica inedita di Gortyna* ²⁾.

Egli giudica pessima la lezione, che della nuova epigrafe diedero, in Germania, KOHLER e ZIEBARTH ³⁾; ma riconosce tutta l'esattezza della lezione data dal BRAUSE ⁴⁾. Infelici, invece, furono i tentativi suoi di colmar le grandi lacune, che l'epigrafe presenta. Egli s'ingannò quando immaginò, che l'epigrafe contenesse una parte d'un *Γορτυνίων ὄρκος νόμιμος*, riguardante gli *ὁμωμόται* o *coniuratores*.

Ben se ne avvide il COMPARETTI ⁵⁾, il quale ci dà ⁶⁾ la seguente lezione integrale di tutta l'epigrafe:

¹⁾ *Leggi antiche della città di Gortyna in Creta, scoperte dai dottori F. HALBHERR ed E. FABRICIUS. Lette ed illustrate da D. COMPARETTI.* Firenze, 1885.

²⁾ COMPARETTI, *Iscrizione arcaica inedita di Gortyna.* (*Rendiconti della r. Accademia dei Lincei.* Classe di Sc. mor., stor. e filol., Vol. XXVII, p. 207—220).

³⁾ KOHLER und ZIEBARTH, *Das Staatsrecht von Gortyn*, p. 35 segg.

⁴⁾ BRAUSE, *Γορτυνίων ὄρκος νόμιμος* (*Hermes*, XLIX, p. 102 segg.).

⁵⁾ Appena ebbe sott'occhio la nuova epigrafe, che gli fu comunicata da HALBHERR, il quale ne aveva dato notizia nei *Rendiconti della r. Accademia dei Lincei*.

⁶⁾ Facendo uso di criterî esatti e precisi (p. 213 - 215 del Vol. XXVII dei *Rendiconti* citati) ed avvalendosi di due fotografie e di un disegno fotografico fatto dallo STEFANI.

(θ)ιώι, ὁμνύμην δὲ δικαίως δατήθαι ὀνυ-
μαίνοντα τὸν] Ἀπέλλωνα καὶ τὰν Ἀθαν-
αίαν καὶ τὸν Ἑρμάον, ὁ[δὲ ὁμνύων μηδέ-
να πρὸ τούτων] ἄλλον θιὸν ὀνυμαινέ(τ)-
ω. τῷ δεκάστιατήρῳ καὶ πλ[ίονος τὸν: πάτ-
ρωανς δττοι κ'εἰ]εν κ'υῖνς οἱ κ'ἡβίωντι
καὶ πολιατεύωντι καὶ τ[ὸνς μάτρωανς κ'-
υῖνς οἱ κ' ἡβίω]ντι ὁμνύμην πάντας
ε]ναυτῶι ἑκάστον ἐπαριό[μενον κ'ἐπιόρ-
κονς κακίστωι] ὀλέτρωι ἐκσολλύθαι τὸ[ν-
ς] μαιτύρανς αὐτὸν ἑκάστ[τον ἐπαριόμε-
νον, τὸνς δὲ ἄλλ]ονς οἱ κ'ἡβίωντι κ'ἤς τῷ α[ὐ-
τ]ῷ πατρὸς ἴωντι κ'ἄδαιτηὶ [παρίωντι ὁμνύ-
μην ἢ μὰν ἄθρ](ό)ονς αὐτὸν ἑκάστο]ν
[ἐπαριόμενον.

Da questa restituzione risulta, che l'epigrafe contiene un complemento delle leggi gortynie su la *divisione dell' eredità*, incise nella colonna V e nel principio della colonna VI della Grande Iscrizione, scoperta da HALBHERR e da FABRICIUS. Avevamo da esse appreso, che agli atti di divisione d'eredità dovevano esser presenti alcuni testimoni in un tempo, in cui a Gortyna erano in uso non documenti scritti, ma testimonianze orali ¹⁾. Ora dalla epigrafe, integrata dal COMPARETTI, apprendiamo, che i testimoni dovevano anche giurare.

A che mirava il giuramento solenne, fatto da' testimoni a norma della Legge? Ad affermare (come rileva il COMPARETTI) la giustizia della divisione e ad eliminar, così, qualunque controversia tra gli eredi. A tal uopo dovevano intervenire, quali testimoni, anche i più stretti parenti del defunto come quelli, ch'eran

¹⁾ *Leggi antiche di Gortyna*, col. VI, 1: „Se mentre (i consanguinei) pro-
„cedono a dividere gli averi non si accordino circa la divisione, siano gli
„averi venduti e, vendutigli al maggiore offerente, si abbia ciascuno la parte
„dei prezzi, che gli spetta. E quando van facendo la divisione si trovino pre-
„senti tre o più testimoni maggiorenni liberi.” — Minute norme intorno alla
divisione dell'eredità si trovan pure nelle vetustissime leggi di HAMMURABI.
V. *Code des lois de Hammurabi*, art. 165, 166, 167, 170, 173, 176. (Ed. SCHEIL.
Paris, 1902).

solidali in tutto ciò, che riguardava gl'interessi collettivi dell'intera famiglia.

Secondo il supplemento, immaginato dal COMPARETTI [ll. 1-4], il giuramento de' testimoni sarebbe stato intensificato con l'invocazione degli dei domestici (*οἰκεῖοι Θεοί*) e delle divinità dello Stato ¹⁾. La Legge, poi, ammetterebbe varie forme e formole di giuramento secondo la varia qualità dei giuranti, distinti in tre gruppi, che noi presentiamo quì in quadro sinottico:

GRUPPO I.	GRUPPO II.	GRUPPO III.
<i>I più stretti parenti. (Zi paterni. Zi materni. Loro figli).</i>	<i>Tre o più testimoni estranei.</i>	<i>L'indistinta collettività di tutti i parenti, di qual- sivoglia grado, procedenti da uno stesso padre.</i>
* * *	* * *	* * *
Essi avrebber giurato ad uno ad uno con la più semplice formola d'im- precazione, ciascuno im- precando a sè stesso.	Giurano con la for- mola d'imprecazione me- no semplice e più vio- lenta, imprecaando cias- cuno a sè stesso la <i>pessi- ma malora e perdizione</i> ²⁾ .	Avrebber giurato come i più stretti pa- renti; ma <i>in massa</i> ³⁾ .

Ma se la Legge, ricostruita dal COMPARETTI, è un complemento di quelle sulla divisione dell'eredità, contenute nelle col. V-VI pr. della Grande Iscrizione, sarebbe essa una *posteriore* aggiunta, intesa a colmar una lacuna del più antiche Leggi? Il COMPARETTI l'esclude per ragioni intrinseche ed estrinseche. Discutibile è la ragione estrinseca, che la Legge non fu punto scolpita nei blocchi dello stesso muro circolare, che contiene le altre leggi; ma ben solida è una ragione intrinseca: la col. V della Grande Iscrizione lascia in tronco le disposizioni relative alla divisione dell'eredità ed a' testimoni, che debbono intervenire. Orbene, ciò rende plausibile l'ipotesi del COMPARETTI, che la Legge da lui

¹⁾ Opportunamente il COMPARETTI mette in rilievo un divario tra il Diritto d'Atene e quello di Gortyna. Mentre in Atene „le divinità patrie da invocare erano concordate dalle parti procedenti alla divisione, a Gortyna erano determinate dalla Legge, che rigorosamente imponeva di giurare per quelle divinità e non per altre”.

²⁾ Perchè questa intensificazione d'imprecazione per i testimoni estranei? Il C. ben la spiega ricordando, ch'essi non potevan corroborare il giuramento con l'invocazione degli dei domestici come facevano i parenti del defunto.

³⁾ È una congettura. L'ultima linea della Legge, in cui si sarebbe parlato di siffatto giuramento, andò anch'essa perduta. Ma, se non assolutamente certo, resta, intanto, probabile, che il giuramento si facesse „per acclamazione ad una voce”.

ricostruita dovesse già esistere e fosse stata sbadatamente saltata quando s'intraprese la compilazione di quel corpo di leggi, che ci fu rivelato dalla Grande Iscrizione, scoperta da HALBHERR e da FABRICIUS.

L'antichità delle Leggi di Gortyna doveva impallidire quando, nei primordî di questo secolo, furono scoperte, a Susa, le vetustissime Leggi di HAMMURABI, delle quali nuovi frammenti furono scoperti a Nippour (Niffer) negli scavi fatti eseguire dall' Università di Pennsylvania. Preziose queste scoperte sono: esse allargano gli orizzonti della Storia comparata dell'antico Diritto.

CRETIO AND CONNECTED TOPICS

BY

H. W. BUCKLAND (CAMBRIDGE).

Cretio the ancient mode of acceptance in testacy and intestacy, p. 239; a fixed form, *ib.*; no time limit fixed by law, 240; no legal requirement of witnesses, 241; Ihering's view on purpose of attestation, *ib.*; difficulties therein, *ib.*; suggested principle, 242; immaterial where the words are spoken, 245; *cretio* an *actus legitimus*, thus no representation, 246; *cretio* and the Cluvian succession in Cicerō, *ib.*; no informal entry in early law, 249; limitation of time in *cretio* clause in wills, 251; form and effect of *cretio* clause, 252; *cretio* and *substitutio*, 253; logic of *cretio* clause, *cretio* a direction, 254; reason, *ib.*; suggested history of conditional *institutio*, 255; evidence of Cicerō, 258; of republican jurists, 262; of LABEO, 265; hypothesis as to course of events in recognition of conditional *institutiones*, 267; later history of *cretio*, 268; legislation on *cretio* in succession through children, 269; why a special rule in this case, 272; the suggested classical rule, insufficiency and doubtfulness of this, *ib.*; suggested solution, 274; claim of *bonorum possessio* by *paterfamilias* of an *infans*, 275.

The word *Cretio*¹⁾ is used in two distinct but connected senses. It sometimes means a direction in a will, requiring formal acceptance within a certain time (G. 2, 164 sqq.), but its primary meaning is the formal act of acceptance itself. Notwithstanding that the contrary opinion has been recently expressed by high authority, for intestacy²⁾, it seems clear on the texts that *cretio*

¹⁾ See for a recent study, LÉVY—BRUHL, *N. R. Hist. de Dr.* 1914—1915, pp. 153 sqq., and the same author's *Le Témoignage Instrumentaire*. See also, FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario Romano*, 2, 40 sqq.

²⁾ LENEL, *Essays in Legal History* (1913), ed. VINOGRADOFF, 123 sqq., and *Zeitschr. der Sav. Stift.* 1916. This contention is part of a wider thesis which does not here concern us.

was an ancient traditional mode of acceptance of a *hereditas*, both under a will and on intestacy¹⁾. It was a solemn declaration necessary in the earlier law before a *hereditas* could vest in any heres other than a *suus* or a *necessarius*. It was an oral formula: "*haec verba dicit*" says GAIUS²⁾; "*nihil quaeritur nisi de dictione verborum*", says the Autun GAIUS³⁾. It would however be a natural precaution to record it in writing, and the *cretiones* of SARAPIAS⁴⁾ are in fact attested records of an act of *cretio*⁵⁾.

It seems to have been a fixed form. ULPIAN does not indeed say "*haec verba*" like GAIUS, but "*verba dicere ad hunc modum*"⁶⁾, but this more guarded expression is used to show that he does not mean "these words and no more"⁷⁾. His form differs from that of GAIUS only by the omission of the unnecessary words "*testamento suo*"⁸⁾. Where a testator imposed a requirement of *cretio*, he could as we shall see, impose other requirements, but, apart from these, the essential point seems to have been the use of the words "*adeo cernoque*" with a specification of the *hereditas* on which it was proposed to enter.

We are told that *aditio* was an *actus legitimus*, and thus could not be subject to *condicio* or *dies*⁹⁾, and we may be sure that this was true of the specially solemn form with which we are concerned. It would follow that it must be in latin, and thus we find, in the *cretiones* of SARAPIAS, that the record of the essential part is in latin, while unessential parts are in greek.

There seems no real evidence¹⁰⁾ for the view that there was a time limit at civil law, and it is difficult to suppose that if

¹⁾ G. 2, 167. 3, 62. 3, 84; *Consult.* 6, 19; *Greg. Wis.* 13, 14; C. Th. 2, 16, 2, 4.

²⁾ G. 2, 166.

³⁾ Aut. G. 37-42 etc.; see also ULP. 22, 28.

⁴⁾ GIRARD, *Textes* (4) 806; BRUNS, *Fontes* (7) 1, 318.

⁵⁾ The remark of CICERO (*de Or.* 1, 22, 101) "*scribi solet*" refers to the form in the will, though for the purpose of his whimsical application of them he puts the words "*quibus sciam poleroque*" in the first person.

⁶⁾ ULP. 22, 28.

⁷⁾ D. 45, 1, 65 pr. The point is material: added words vitiated a *legis actio*, Vat. Frag. 318.

⁸⁾ The Autun GAIUS (38) also omits them and gives a slightly different form.

⁹⁾ D. 50, 17, 77.

¹⁰⁾ See the present writer, *Law. Quar. Rev.* XXXII, p. 97.

one had ever existed, it could have disappeared so completely as to allow GAIUS to say that there was no such limit ¹⁾. KARLOWA, indeed, in support of the view that a limit existed, cites texts ²⁾ which say that the *cretio* clause in wills imposed it. This is so: it is the main purpose of such clauses ³⁾, and its universality in them is strong evidence against the assumption of a similar requirement in civil law. The requirement might conceivably ⁴⁾ be a reproduction of the limit set by civil law but the language of GAIUS ⁵⁾, and the fact that no text hints at a time limit on *cretio* in intestacy, are much against this view. It also leaves unexplained the introduction of the praetorian *spatium deliberandi*, which is the only legal limit of which we hear, and applies to *aditio* ⁶⁾ as well as to claim of *bonorum possessio*, thus barring partially, e. g. by *denegatio actionum*, one already barred completely, on this view, by civil law. The conclusion is that civil law imposed no time limit on *cretio* ⁷⁾.

There is such high modern authority for the view that *cretio* required witnesses that it is necessary for one who holds the contrary opinion to go into the matter somewhat closely. The textual evidence is quickly disposed of. No text says that witnesses were required by law. Some texts say that testators usually required them ⁸⁾. One says that it is foolish to make *cretio* without witnesses ⁹⁾. All this suggests that they were not required by law, and the chief support of the contrary opinion is found in a priori considerations. M. GIRARD, recognising that the texts state no such rule, observes justly that attestation is "à peu

¹⁾ G. 2, 167; Aut. GAI. 52 sqq. This book is of little authority, but its compiler did not invent the proposition, which he repeats *ad nauseam*. The book is attributed to the 4th century, or the beginning of the 5th, (MOMMSEN, "Epimetrum" in *Coll. libr. Iuris anteiust.* 1. lxvii; KRIEGER, *Zeitschr. Sav. Stift.*, XXIV, 405) but there is little in it to suggest so late a date. Ignorance was not confined to these centuries.

²⁾ KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* 2. 896.

³⁾ G. 2, 164, 165, 170.

⁴⁾ So GIRARD, *Manuel*, 884, n. 7.

⁵⁾ G. cit. and 2, 55.

⁶⁾ G. 2, 167.

⁷⁾ The extreme inconvenience of such a thing in the conditions of early Rome has been suggested to me by Professor JAMES REID.

⁸⁾ VARRO, L. L. 6. 81; CICERO, *ad Att.* 13. 41.

⁹⁾ Aut. G. 42.

près commandé par la nature de l'acte" ¹⁾. But this suggests actual use of them, which is not disputed, rather than legal requirement. In Roman Law (at any rate in early Roman Law), as in our own, the cases in which witnesses are required by law are few, a fact quite consistent with their frequent employment ²⁾. It is true that we hear much more of them in *cretio* than we do in other transactions, but this is because, in classical law, "*testibus praesentibus*" was almost "common form" in the *cretio* clause in wills.

IHERING, also, holds that *cretio* required witnesses. He cites no texts other than some of those above mentioned, which are without probative force ³⁾. He is indeed considering a wider question, i.e., the principles underlying the requirement of concurrence of others than the actual parties — the assemblies, the magistrates, the pontiffs, as well as ordinary witnesses, with which alone we are concerned — and he appears to hold that one principle covers all the cases. His list of these cases, which includes *cretio*, seems open to some other objections, to which reference will be made later, in connection with an attempt to establish a correct list. The principle he finds is that of interest in third parties. Witnesses are not required where only the parties themselves are concerned. There seem many objections to this view.

I. The distinction seems to involve something very like the distinction between *iura in rem* and *iura in personam*, and it seems bold to attribute even an imperfect grasp of this distinction to men of the age when these notions were introduced.

II. For IHERING the original purpose of witnesses was that of backers or warrantors ⁴⁾, and it is not easy to see how this purpose should lead to the distinction indicated. It is observable

¹⁾ *Manuel* (6) 884, n. 6.

²⁾ The most formal transaction of English law — the contract under seal — in general needs no witnesses, but no wise man does without them. LÉVY-BRUHL conveniently uses the expression "*témoignage instrumentaire*" for cases of legal requirement and "*témoignage judiciaire*" for cases of mere use as proof (*Témoignage*, 2).

³⁾ *Geist* (4) 2. 525 sqq.; French Transl. 3. 217 sqq.

⁴⁾ *Geist* (5) 1. 140; French Transl. 1. 144.

that LAMBERT, who maintains the same thesis as to the original purpose of witnesses, and cites IHERING, finds them used in Germanic law to guarantee "*promesse ou transfert*"¹⁾.

III. If the general principle underlying all cases is the same, it is not clear why, in *confarreatio*, the intervention of both pontiffs and witnesses was wanted.

IV. It is not easy to apply his principle to some of his cases. An interest in a third party can be found in *in ius vocatio* and in *furtum conceptum* only so remotely that it could be found equally well in almost any transaction. The same seems to be true of *litis contestatio*, if indeed this is a case, and of *manus consertio ex iure*.

V. If the Roman law had so early adopted such a rationalistic distinction, it seems unlikely that later law would have completely abandoned it. *Traditio* needs no witnesses.

If IHERING's hypothesis is not wholly satisfactory, it seems needful to seek another²⁾. For this purpose it is necessary to establish a list of the cases for which there is evidence of the requirement in early law. These seem to be: *confarreatio*, *mancipatio* (with its derivatives), *furtum conceptum*, seizure on disobedience to *in ius vocatio*³⁾, *manus consertio ex iure*⁴⁾ and, perhaps, *litis contestatio*⁵⁾, with, probably of considerably later introduction, *deductio quae moribus fit*⁶⁾.

¹⁾ *La tradition romaine sur la succession des formes du testament*, 28, cited APPLETON, *Le testament romain*, 63.

²⁾ LEVY-BRUHL, *Témoignage*, 74, finds the need for witnesses in will, *mancipatio*, *confarreatio* and *cretio*, in the fact that they involve transfer of *patrimonium* or a material part of it. This would not account for the other cases and seems to imply, what does not seem clear, that a woman *alieni iuris* making *confarreatio*, was thought of as acquiring a *condominium*.

³⁾ *Twelve Tables* 1, 1. IHERING makes this attestation of *in ius vocatio*, but the text shews that it is the seizure which needs witnesses, if "*antestamino*" means attestation. It rather seems to mean proclamation. See PLAUTUS, *Curculio*, 620—624, where refusal to obey *in ius vocatio* leads to an appeal to bystanders: "*O! Cives, cives!*" It was so understood later. GIRARD, *Textes* (4), 12, citing PORPHYRIO. If the summons was obeyed the formal requirements of *legis actio* were satisfied whether there were witnesses or not.

⁴⁾ CICERO, *Pro Mur.*, 12, 26. ⁵⁾ FESTUS, P. 38 (MÜLLER) s.v. "*contestari*."

⁶⁾ Mentioned by LEVY-BRUHL, *Témoignage*, 28. See CICERO, *Pro Caec.* 15, 45. In *detestatio sacrorum* (AUL. GELL. 15, 27. D. 50, 16, 39, 2. 40, 238, 1) *testatio* seems to mean declaration. It is done before the *comitia*.

Examination of these cases shews that they all have one characteristic which as it seems they alone, of the institutions of private law, have, in early Rome. This is that they involve an acted ritual, not a merely spoken one. This needed witnesses: spoken forms did not. In *confarreatio* and *mancipatio* the ritual element is clear. The seizure on disobedience to *in ius vocatio* had a number of observances prescribed by the Twelve Tables¹⁾. *Manus consortio ex iure* had a ritual. *Furtum conceptum* in historic times had none, but it is a simplification of *furtum lance licioque conceptum*, which had an elaborate ritual. If the "*testes estote*"²⁾ in the *legis actio* is to be taken as necessary and as attestation, it is attestation of the fact that the ritual of the *legis actio* has been properly performed³⁾, but it may equally well be a mere invitation to the bystanders to bear witness at the hearing, in which case it is not attestation at all. In any case it is rather public proclamation than attestation. The ritual character of *deductio quae moribus fit* is obvious. *Cretio*, a verbal formula, with no other ritual, would on this principle need no witnesses at law, though it would be well to have them, and this, as we have seen, is what the texts suggest. *Traditio* has no ritual, and though it transfers property it has no legal requirement of witnesses. It is perhaps not wholly insignificant that when, in a much later age, under CONSTANTINE, *traditio* as applied to land was surrounded by formal acts, the "*introductio*" a sort of "beating the bounds", needed witnesses⁴⁾. As the law grows ritual acts tend to disappear, and new ones are rarely created, so that the case of *traditio* is the more remarkable. No doubt there were, later on, cases in which attestation was needed and third parties were or might be concerned. Notice of divorce needed 7 witnesses⁵⁾. In the Empire the opening of a will was subjected to certain formalities and needed the presence of the witnesses⁶⁾. By a *Sc.* of the firs.

¹⁾ *Twelve Tables*, 1, 3; GIRARD, *Textes*, cit. But it is hardly attestation: it is proclamation.

²⁾ See p. 243, n. 5.

³⁾ Originating no doubt before the *l. Pinaria*.

⁴⁾ Vat. Fr., 35; Nov. Just. 73; see COSTA, *Storia di Dir. priv. Rom.*, 226. BONFANTE, *Res Mancipi*, 322 sqq. calls attention to this as a return to primitive methods.

⁵⁾ D. 24, 2, 9.

⁶⁾ See GIRARD, *Manuel*, 854.

century of the Empire a written memorandum of contract needed attestation ¹⁾, but this might affect none but the parties.

The question arises, if this view be adopted, why witnesses were required in ritual acts and not in spoken forms. The answer seems to be that very early private law does not admit purely oral forms. The cases in which witnesses were not required, though such a requirement might have been expected, (e.g. *stipulatio*, *acceptilatio*, *dotis dictio*), are not primitive. The very ancient Roman law requires witnesses wherever it prescribes a form for an act translativum of rights, and every such form has a ritual. *Cretio* is not primitive. This has no relation to the question of the Comitial will, for there was *cretio* in any case for the *legitimi* on intestacy. But the form of *cretio* was not framed till the abstract conception of the *hereditas* was attained. The conclusion arrived at is that evidence and probability are against the view that, in *cretio*, witnesses were required by law.

The Autun GAIUS tells us ²⁾ that it is immaterial where the words are spoken and this is confirmed by a letter of CICERO's ³⁾, in which he says that he has received notice of an *institutio* and at once made *cretio*, and by another in which he says ⁴⁾: "*Galeonis hereditatem crevi: puto enim cretionem simplicem esse quoniam nulla ad me missa est*". This seems to mean: I made *cretio* at once for, as no *cretio* clause was sent to me, I assume that the will imposed none but the legal requirements ⁵⁾. Another case in CICERO which must be considered on another matter raises a difficulty on this point ⁶⁾. The *cretio* had to be at a

¹⁾ P. Sent. 5, 25, 6 "*tabulas quae publici vel privati contractus scripturam continent*". Other cases, hardly reflecting any principle of private law: soldiers' diplomas, GIRARD, *Textes* p. 124; marriage under *l. Aelia Sentia*, G. 1, 28; authentication of *Sec.*, MOMMSEN, *Staatsrecht*, 3, 1004; *Droit Public Romain*, 7. 198; KARLOWA, *Röm. Rg.*, 1, 646.

²⁾ Aut. G. 42.

³⁾ *Ad Att.* 11, 2.

⁴⁾ *Ad Att.* 11, 12.

⁵⁾ So ROBY, *R. P. L.* 1. 397, who cites and rejects other interpretations. He holds with KARLOWA (*R. Rg.* 2. 897) that the words imply a *cretio* clause, but though this is the grammatical implication, it is not clear, in a hastily written letter, if as seems to be the case, informal entry was impossible in any case.

⁶⁾ *Ad Att.* 13, 46. 47.

certain place: probably this special obligation was imposed by the will.

Cretio appears to be a typical *actus legitimus*. It is usually held that in such a transaction there could be no representation ¹⁾, and thus that the words must be spoken by the *honoratus* himself, or his son or slave. But the case from CICERO, just mentioned, raises a difficulty. In a letter to ATTICUS ²⁾ he says: "*Tum ex eo (sc. Balbus) cognovi cretionem Cluvii (O Vestorium negligentem) liberam cretionem sexaginta dies, testibus praesentibus. Metuebam ne ille arcessendus esset. Nunc mittendum est ut meo iussu cernat. Idem igitur Pollex.*" In the next letter he says "*Idem Pollex remittendus est ut ille cernat. Plane Puteolos non fuit eundum cum ob ea quae ad te scripsi tum quod Caesar adest*". On these texts ROBY holds ³⁾ that *cretio* could be made by a free representative, and that VESTORIUS, CICERO's man of affairs, was to do it. ROBY conceives him as a *nuntius*, who recites a form, and he gives well known cases, but these all belong to informal law, and do not indicate that an *actus legitimus* could be done by a *nuntius*. There is here no question of *legis actio alieno nomine* or of acquisition *per extraneam personam*, but the rules affecting these are expressions of part of a wider principle. If a man cannot acquire or stipulate for another, neither can he alienate or promise ⁴⁾ for him. We are indeed ⁵⁾ told that "*per procuratorem nec liberari nec liberare quisquam sine mandato potest*", which implies that a *procurator* could act at least one way, if authorised. ROBY accepts this as classical, rejecting MOMMSEN's omission of *sine*, as leaving an intolerable sentence, but not adverting to the older suggestion of omitting *sine mandato*, which the emphatic form of the sentence seems to require ⁶⁾.

¹⁾ MITTEIS, *R. Pr.* 1. 396 sqq; GIRARD, *Manuel*, 887.

²⁾ *Ad Att.* 13. 46.

³⁾ *R. P. L.* 1. 396.

⁴⁾ See MITTEIS, loc. cit. for these and other illustrations.

⁵⁾ D. 10 46. 3.

⁶⁾ To be informing the text should have said "without a special mandate" for a *procurator* always has a mandate, and the *procurator* here dealt with has a general authority. And is "*sine mandato*" probable where the subject of the sentence is the principal? We should rather have expected the proposition that the representative could not do it "*sine mandato*".

He explains the rule that a *curator* could not acquire a *hereditas* for his ward¹⁾ by the remark that the case of an *incapax* is different from that of mandate by a fully grown man. But the proposition applies to *curator minoris* and a *minor* is not an *incapax*. He can do the formal act himself: why can he not appoint a *nuntius*? The truth is that a *nuntius* would not serve; an *actus legitimus* must be done by the party concerned. It is not insignificant that the one *actus legitimus* in respect of which ROBY'S thesis can claim even apparent textual support is one of which ULPIAN says that it is *iuris gentium* and may be in greek²⁾. ROBY asks how, if a *nuntius* did not suffice, a dumb man could make *cretio*. The answer is that he could not, except by deputing a slave³⁾. Neither *mutus* nor *surdus* could make a *mancipatory*⁴⁾ will, the former could not make the *nuncupatio*, the latter could not hear the *mancipatio*. This, according to the notions of the time was scarcely a less hardship. If *cretio* could be made by deputy, why not *nuncupatio*? An *infans* could not "cern", and, in classical law neither his *paterfamilias* nor his *tutor* could "cern" for him. In view of all these well known rules, no weight attaches to the difficulties of the mute⁵⁾.

If we reject the view that VESTORIUS can "cern", the difficulties of the text are of little juristic importance. It is remarked by LÉVY-BRUHL⁶⁾ that, while VESTORIUS is excluded on juristic grounds, POLLEX is excluded on grammatical grounds, and he makes the very probable suggestion that it is some third person unnamed who is to "cern". We have indeed some indication of his identity. It is someone whom CICERO had proposed to send for: "*metuebam ne ille arcessendus esset: nunc est mittendum ut meo iussu cernat*".

¹⁾ D. 29. 2. 90. pr.

²⁾ D. 46. 4. 8. 4.

³⁾ Cp. 29. 2. 93. 1 which applies to a different matter but shews a *mutus* authorising another to act for him.

⁴⁾ ULP. 22. 13.

⁵⁾ See D. 36. 1. 67. 3. which seems to shew JUSTINIAN settling the difficulty. See MITTEIS, *R. Pr.* 206, n. 8.

⁶⁾ He discusses the case at length, *N. R. H.*, cit. 162 sqq. See also KNIER, ad G. 2, 164—166, who holds that the *cretiones* of SARAPIAS (ante, p. 1) are by her *procurator*, and thinks it a provincial irregularity. It is usually held to have been *cretio, auctore tutore* (GIRARD, *Textes*, 805). What was done *per procuratorem* was a *testatio* that she had already made *cretio*.

It is commonly assumed that the reason for sending for "ille" was to learn the details of the *cretio*. But it was something of greater scope than this, for these few words could have been brought by the messenger. Some months later, writing to ATTICUS on this succession, he says, in answer to an enquiry, that the reason why he had wished to send for CHRYSIPPUS was to get information as to the ruinous state of the property ¹⁾, and, though there has been a great lapse of time, the similarity of language ("*sed quod quaeris, quid arcessierim Chrysippum*") and the fact that the letter is to the same person and on the same matter suggests a reference to the "*metuebam ne ille arcessendus esset*". This CHRYSIPPUS seems to have been a slave of CICERO's, living in *de facto* liberty, but not actually freed ²⁾. The man meant must be a slave of CICERO's. ROBY, indeed, says that a slave could do it only as *nuntius*, and VESTORIUS could so act, just as well, but this misconceives the position of a slave in the matter. A slave could do *actus legitimi* for his master. He could acquire by *mancipatio*, without authority, so that here he was no *nuntius*; it does not appear that a *nuntius* could represent the principal in *mancipatio*. It is clear that in classical law a slave could "*adire*" for his master ³⁾. This may have been *cernere* in the original, and, even if it was not, the general word can hardly have been used if *cretio* was excluded. But the person to "cern", CHRYSIPPUS or another, can hardly have been the actual *institutus* ⁴⁾. This, it seems, must have been CICERO himself for he could himself have made *cretio* if it had been convenient to go to Puteoli ⁵⁾ and a master could not enter on a *hereditas* left to his slave ⁶⁾. Indeed he speaks of himself as the *institutus* ⁷⁾. It may be doubted indeed whether *institutio* of *servi alieni* was common

¹⁾ *Ad Att.* 14, 9, 1.

²⁾ *Ad Att.* 7, 2, 8. On this view the CHRYSIPPUS of *Ad Att.* 14, 9, 1 is presumably not the same as the CHRYSIPPUS VETTIUS of *Ad Fam.* 7, 14, 1.

³⁾ D. 29, 2, 26.

⁴⁾ See KARLOWA, *R. Rg.* 2, 899.

⁵⁾ *Ad Att.* 11, 47.

⁶⁾ D. 29, 2, 36. The text deals with later law but the old rule can have been no laxer.

⁷⁾ *Ad Att.* 13, 46, 3 "*nihil a nobis*".

in that age. The numerous references to *hereditas*, in CICERO's writings, seem to contain no allusion to such a case¹). And it is perhaps doubtful whether a slave would have been made *coheres* with CAESAR²).

The general conclusion is then that for some reason³), probably a direction in the will, the *cretio* had to be on the spot, that POLLEX was to take CICERO's *iussum* to a slave of CICERO's on the spot, who was to cern, and thereafter, no doubt, to look after his master's interests⁴).

It cannot be proved that *cretio* was the only mode of *aditio* in early law, but it is unlikely that so momentous an event as the vesting of the sacral rights in one not a direct successor could have been completed in early times by an informal act of acceptance⁵). We have no real evidence earlier than CICERO and though he frequently refers to questions of succession there seems to be no mention of informal acceptance. Often the form is not specified, but, in general, *cretio* seems to be assumed⁶). It is true that the most significant passages deal with wills and shew only that the *cretio* clause was usual, that special requirements were not uncommon, and that a time limit was a matter of course. On the whole evidence it seems that the possibility

¹) Nor do surviving citations of jurists before LABEO. He discusses a case (28, 5, 65) and, with TREBATIUS, a less clear case (h. t. 60). See however APPLETON, *Testament Romain*, 69, who finds in such *institutiones* "une physionomie archaïque des plus prononcées". But his association of them with religious conceptions rather than with the obvious practical advantages is not conclusive.

²) *Ad Att.* 13, 46, 3.

³) It is possible that POLLEX was to carry authorisation to cern if CHRYSIPPUS, after looking at the property, thought it worth accepting. The delay by VESTORIUS may not have left time for a report to CICERO. There are, as Professor REID points out to me, many indications of CICERO's annoyance at not getting information.

⁴) Not acquisition through the slave.

⁵) LENEL, holding (*Essays in Legal history*, ed. VINOGRADOFF, 123 sqq.; Z. S. S., 1916) that the comitial will was a pure legacy will (but see BONFANTE, *Bull. d. Inst. d. p. Rom.* 27, 97 sqq.; BUCKLAND, *L. Q. R.* 32, 97 sqq.) is clear in the later article that *gestio* as a mode of entry is not ancient. Professor REID tells me that the word "*gestio*" is rare in CICERO's time.

⁶) VARRO, *L. L.* 7, 98: "*cernere valet constitutui, itaque heres quem constituit se heredem esse dicitur cernere*". See also *id.*, 6, 81.

of informal entry is later than CICERO, but not much. FESTUS, whose authority is no doubt the Augustan, VERRIUS FLACCUS, speak of *aditio* and *cretio* as the same thing¹⁾, but LABEO seems to know of *pro herede gestio*, though we have his statements only at second (or third) hand, one through POMPONIUS, one through JAVOLENUS and both through TRIBONIAN²⁾. The JAVOLENUS text is of special interest. In GAIUS we are told that entry may be by *cretio*, *pro herede gestio* or *nuda voluntas*³⁾, and from the order of mention as well as from the character of the modes themselves, we may suppose them to be stated in order of appearance. In the JAVOLENUS text a man is instituted on condition of taking an oath. He takes it: the question arises whether this itself is sufficient entry. For LABEO it is not: he has rather expressed his *voluntas* than entered. He will not be *heres* till "*aliquid pro herede gessisset*". PROCULUS and JAVOLENUS hold, if he took the oath as *heres*, "*satis eum pro herede gessisse*". LABEO perhaps doubted if the same act could be satisfaction of the condition and entry⁴⁾. It is clear that even JAVOLENUS, the latest, does not admit "*nuda voluntas*" as entry: he bases his view, which agrees with PROCULUS, on the ground that taking the oath is *gestio*. For LABEO *gestio* is an act of administration and the Digest shews that this is the orthodox view. The looser doctrine that any act, shewing intent to be *heres*, is *gestio* reappears under JUSTINIAN⁵⁾. "*Nuda voluntas*" is of small importance, but a result of this evolution is that apart from express provision by will, *cretio* loses its importance⁶⁾.

¹⁾ FESTUS P. (MÜLLER p. 53) "*Crevi . . . significat hereditatem adi*".

²⁾ D. 29, 2, 27; h. t. 62.

³⁾ G. 2. 167. *Nuda voluntas* may be a later addition, PEROZZI, *Instituzioni* cited WEISS, *Kr. Viert. J.*, 1914, 23; KNIEP ad loc. It is not in ULP. 22, 25 or P. 3, 46, 11. For *nuda voluntas* and its later history, LÉVY-BRUHL, *N. R. H.* cit. p. 155.

⁴⁾ D. 29, 2, 21, 2; 50, 16, 151.

⁵⁾ Inst. 2, 19, 7. LÉVY-BRUHL (*N. R. H.*, cit., 155, n. 2 brings out these points and cites the chief earlier literature on the text. The looser view is expressed in terms by PAUL (D. 29, 2, 88) but his illustrations are of acts intended to be acts of administration.

⁶⁾ On an exceptional case in late law, and an alleged requirement of *cretio* where a *servus alienus* is instituted in classical law, post, pp. 272 sqq. It appears

There is an obvious affinity between the hundred days of the praetor's *spatium deliberandi* and those of the *cretio* clause. As there is no evidence of their both being borrowed from a statutory or customary limit, it is likely that of the two known systems one descends from the other. Probably the praetor is the borrower. If he had established the limit, there would be little reason for the precaution in wills. The converse is not true: his rule applied in intestacy, and not all wills had the *cretio* clause. It is a priori likely, and is suggested by other evidence, that the praetor, in his reforms was guided by practice, and adopted, and made binding, usages which private initiative had shewn to be generally advantageous. The actions on a slave's contract make effective against dishonest masters rules which were habitually observed in their dealings by decent people. The *stipulatio de dolo* is older than the *actio* (or *exceptio*) *doli*. The Aediles' edict on sales imposes by law what cautious buyers had habitually exacted¹⁾. The fact that GAIUS describes the praetor as intervening where there is no *cretio* clause or where that clause fixes too long a time²⁾, also indicates that the rule of the praetor is the newer formation.

The classical lawyers naturally associate the *cretio* clause with the classical will, by *mancipatio familiae*. It was perhaps obsolete in practice by the time of the Tripartite will. Did it occur in the Comitial will? On the orthodox view that the inference naturally drawn from GAIUS is sound, and that the Comitial will created a *heres*, it does not follow that it contained, or might contain, an express provision about *cretio*. No doubt formal entry was necessary³⁾. This does not involve express requirement or time limit, but we know nothing to exclude express requirement with the time limit which seems essential⁴⁾, and without which it would have been pointless.

to follow that in earlier classical law no declaration of acceptance other than the words of *cretio*, would be a binding entry, without some act of administration. See however FADDA, *Concetti fondamentali*, 2, 51 sqq.

¹⁾ VARRO, *Res R.* 2, 2. ²⁾ G. 2, 167, 170.

³⁾ See above, and APPLETON, *Testament romain*, 72 sqq. He considers the comitial will to have contained an express provision for *cretio*.

⁴⁾ G. 2, 164, 170; ULP. 22, 2; Ant. G. 59.

The usual form of the *cretio* clause ¹⁾ (*cretio vulgaris*) ²⁾ was "*T heres esto cernitoque in diebus centum proximis quibus scies poterisque.*" If the words "*quibus scies poterisque*" were omitted (*cretio continua*), the days seem to have run from the opening of the will, (in an ordinary *institutio*), which would imperil the will if the *heres* was in ignorance, or, harder case still, was incapable of acting. It was not necessarily 100 days. CICERO in one case was given 60 ³⁾. The AULUS GELIUS speaks of 10 or 20 ⁴⁾. The praetor's minimum was 100 but it is clear that testators sometimes fixed a longer time ⁵⁾. The words "*quodni ita creveris exheres esto*" were, it would seem, always inserted if there was no *substitutio*, since, as the words requiring *cretio* are stated as a direction, not as a condition, they would have had no effect at all apart from these words, at a time when informal entry sufficed. Even before this was possible, the addition was requisite, for the purpose of the clause was to secure entry within a certain time, and, apart from the disinheritance, the *heres* might have disregarded the limit and made *cretio* at any later date.

The application of the notion of exheredatio (*exheres esto*) to one who is not a *suus heres*, indeed is not a *heres* at all, but only a potential *heres*, looks anomalous. It has been explained in many ways ⁶⁾. In the absence of evidence nothing more than conjecture is possible. The most probable view seems to be that it is part of the illogical juggling by which a true testamentary *heres* was constructed under the *mancipatio familiae*. As we know, the logic of the early lawyers was more ingenious than convincing.

Apart from the *cretio* clause an *institutus* who declared his refusal was at once barred, but if there was such a clause no informal repudiation was effective: the *institutus* could still claim on making the declaration at any time within the limit fixed ⁷⁾. The whole machinery of repudiation is late: it appears that POM-
PONIUS is the earliest lawyer cited in connexion with it ⁸⁾ and it

¹⁾ See G. 2, 164—178; ULP. 22, 25—34.

²⁾ CICERO, *de Or.* 1. 22, 101; G. 2, 173. ³⁾ *Ad. Att.* 13, 46.

⁴⁾ AUL. G. 40.

⁵⁾ D. 28, 8, 2, 3; G. 2, 170.

⁶⁾ See, e. g. LENEL, *Essays in Legal History* (1913) ed. VINOGRADOFF, 137.

⁷⁾ See e. g., G. 2, 53, 54.

⁸⁾ G. 2, 168.

⁹⁾ D. 29, 2, 77.

seems to be borrowed from the praetor's similar machinery in *bonorum possessio* ¹⁾. *Cretio* was thus a term which could neither be shortened nor lengthened and retained that characteristic, which is no more than a strict interpretation of its terms, after the introduction of the more elastic system for cases in which there was no *cretio* clause. Where there were successive substitutions some inconvenience must have resulted.

Where, as was common in classical law, the *institutio* was coupled with a *substitutio*, the latter was conditional on the failure of the *institutus* to satisfy the requirements of the *cretio* ²⁾. After "*exheres esto*" would come: "*et M heres esto, cernitoque*" etc. Here if the full form was used ³⁾, the effect is clear. If *institutus* does not duly make *cretio* he is barred, and M takes all. But GAIUS tells ⁴⁾ us that a shorter form was sometimes used, "*cretio imperfecta*", in which the words "*exheres esto*" were not inserted ⁵⁾. Here, with strict logic, another result was reached. *Cretio* was not a condition, but a direction. Failure to make it was however a condition on the *institutio* of the substitute. If *institutus* let the time go by, the condition of the *substitutio* was satisfied and the *substitutus* could "cern." But there was nothing to exclude the *institutus* and if he now accepted informally or had already done so, he and the substitute shared ⁶⁾. But ULPIAN tells us ⁷⁾ of a provision of M. AURELIUS, which spoils the logic of this. He provided that, in this case, mere informal acceptance by *institutus* should exclude the substitute. We are not told whether this must be within the prescribed time or not. The language suggests that it need not be, as no possibility of sharing is mentioned, and it would seem that if, to entitle him to all, he must

¹⁾ D. 38, 9 passim.

²⁾ Though *cretio* and *substitutio* are closely allied, they are distinct institutions. GAIUS treats them separately and takes simple *cretio* first. G. 2, 165 sqq. If *institutus* does not "cern" the *hereditas* will of course go elsewhere, but that is not *substitutio*.

³⁾ It may be called *cretio perfecta* as contrasted with the other which is called *imperfecta*, but the former name does not seem to occur.

⁴⁾ G. 2, 177; ULP. 22, 34.

⁵⁾ The provisions of the will of Dasumius were in this form. GIRARD, *Textes*, 797.

⁶⁾ G. 2, 177.

⁷⁾ ULP. 22, 34. It is not known to GAIUS.

act within the time, subsequent *gestio* would give him a share. But this destroys the clause altogether: the other view would disregard the form but respect the substance of the testator's direction.

GAIUS¹⁾ tells us of a dispute on another point. Some jurists had held that, in the imperfect form, if *institutus*, while time was still running, acted as *heres* without making *cretio*, he thereby admitted the substitute to a share and could not afterwards fall back on *cretio* and so exclude him. The logic seems to be that the words "*si non ita creverit*" are taken to mean, "if he does not become *heres* by *cretio*" as *cretio* by one already *heres* is a nullity. As he has become *heres*, not by *cretio*, but by *gestio*, the condition on the *institutio* of the substitute is satisfied. This is "sticking in the bark" and SABINUS held that at any time before the limit was reached he could fall back on *cretio* and exclude the substitute. The reform of M. AURELIUS²⁾ made the dispute obsolete.

The point to be made out of these familiar rules is that much of the logic of *cretio* is due to its directory form. If it had been expressed as a condition. "Let X be *heres* if he makes *cretio* on such and such terms, if not let Y be *heres*", there would have been no need for "*exheres esto*" and no complications of *imperfecta cretio*. The question arises why this was not done. The answer seems to be that the *cretio* clause dates from a time when conditional *institutio* was unknown. It is not justifiable to argue from conditional manumission to conditional *institutio* and conclude that the latter is ancient³⁾. The simple *cretio* clause is in all probability older than the clause with *substitutio* annexed. There is reason to think that substitution was the oldest form of conditional *institutio*, but even this may not be very old. The words "*si non ita creveris exheres esto*" create, in effect, if there is a *coheres* or a substitute, an *institutio* on the converse condition.

¹⁾ G. 2, 178.

²⁾ The view of SABINUS seems to follow from the rule, not said to have been disputed, that the term of *cretio* was not affected by *repudiatio* (see p. 252). Probably this too had been at one time disputed. The present point could not arise in *cretio perfecta*.

³⁾ This is however the contention of APPLETON, *Testament romain*, p. 92.

Whether pupillary substitutions have an independent and earlier origin cannot be said. GAIUS names them last and apparently assumes them always coupled with a *substitutio vulgaris*¹⁾. But whatever their origin they seem to be older than other conditional *institutiones*, for which they may have, in part, formed the model.

That conditions occurred in early wills is suggested by the rule of the XII Tables²⁾ as to payment of money under a condition on manumission, but it does not follow that conditions on *institutio* are of similar antiquity. *Substitutio* is in form conditional and both forms of *substitutio* are mentioned by CICERO³⁾ and in the surviving texts of republican jurists⁴⁾, and the texts of the same age give many references to conditions on minor provisions of the will. But *substitutio*, however ancient, is not essentially a conditional *institutio*. The objection to a condition in *institutio* is that it suspends by an express provision the operation of an *actus legitimus*. *Substitutio* does not do this: there is no moment, so far as the document is concerned, in which it is not open for a *heres* to enter at once. The entry is not held up. The language of the texts does not suggest that it was regarded as a condition. There could indeed be no entry by the substitute till the failure to "cern" had occurred, not because it was conditional on this, though in fact it was, but because it was not regarded as operative at all so long as the *institutio* was open. It is spoken of as *institutio* in a second grade⁵⁾, and in the case of pupillary substitutions the two *institutiones* are sometimes thought of as distinct testaments⁶⁾. The language indeed suggests that the whole conception is so dealt with to evade the difficulty that conditional *institutio* was impossible. If there was recognition of

¹⁾ G. 2, 179 sqq. The protective effect spoken of by GAIUS (2, 181) would not arise in an oral will. The whole conception looks too artificial to be very old.

²⁾ XII T. 7, 12; GIRARD, *Textes*, p. 17; ULP. 2, 4.

³⁾ E. g., *de Inv.* 2, 21, 62; *de Or.* 1, 39, 180; *Brutus* 53, 197 etc.

⁴⁾ 15, 1, 31; 28, 1, 25; 28, 4, 34, pr.; 28, 6, 39, 2; 30, 44, pr.

⁵⁾ E. g., G. 2, 154; D. 28, 6, 1, 1 and *pass.* and thus while a *heres* conditionally instituted could get *bonorum possessio secundum tabulas*, a *substitutus* could not till the primary *institutio* had failed. D. 37, 11, 2, 4.

⁶⁾ D. 28, 6, 2, pr.; h. t. 10, 4, 11, 12 etc. In h. t. 20 etc., it is held that they are really but one will.

condition at all, in these cases, it was of a condition which "*inest*", admissible even in *actus legitimi*¹⁾. When conditions became possible the fact that the *substitutio* was in fact a conditional *institutio* would be obvious and, as we have seen, made a basis of argument. But the whole notion of pupillary substitution, its scope and effect, and its relation to the maxim "*semel heres semper heres*" presents illogicalities to be explained only by changes of view²⁾.

That *institutio heredis* was thought of as an *actus legitimus*, originally, is shewn by the strict rules, surviving in classical law, as to the forms admissible. "*Heres esto*" was the proper form, though "*heredem esse iubeo*" was allowed. "*Heredem esse volo*" would not serve and that this was not a question of certainty appears from the fact that "*heredem instituo*" and "*heredem facio*" were also inadmissible¹⁾. But it differed fundamentally from other such acts in that these normally take effect instantly on completion: the admissible tacit conditions²⁾ being on a different footing. But an *institutio* does not operate at once. Apart from the inevitable suspension, which raises no difficulty, there is an inevitable necessary condition. The act may never operate at all, since events may prevent the will from having effect³⁾. This state of things is one of the factors facilitating the introduction of ordinary conditions.

Leaving *substitutio* out of account, the early history of ordinary

¹⁾ D. 50, 17, 77.

²⁾ It may be older than the maxim. Or the pupil may not have been thought of as *heres* at all till he came "*in suam tutelam*." CICERO, locc. citt., p. 255, n. 3; DIRKSEN, *Manuale*, s. v. *Tutela*. Hence its non application to other *impuberes*, 28, 6, 39, pr. and the original limitations of its scope.

³⁾ G. 2, 116, 117; ULP. 21, 1. The same may be inferred from the rule that it must be in latin and could not be subject to *dies*, and from the fact that *aditio* certainly was an *actus legitimus* (50, 17, 77). The rule that it could not be made to depend on the will of a third party, though the same result could be reached by making it depend on a trifling act by a third party, seems to depend on the same formal notion (28, 5, 68). There is no such rule in contract. It is true that it is stated in legacy, by MODESTINUS (35, 1, 52), but ULPIAN had seen no difficulty in that case (30, 43, 2; 31, 1, pr.; 40, 5, 46, 2). It seems to be only a late transfer to legacy of a rule proper to institutions.

⁴⁾ D. 50, 17, 77.

⁵⁾ E. g., the making of a new will. See on this matter, KARLOWA, *R. Rg.*, 2, 871.

conditional *institutio* remains obscure. The most probable story seems to be that it was unknown to the Comitial will, and, for long, to the Mancipatory will, appearing first, by a somewhat uncertain mode of evolution, about the close of the Republic. The first conditions, or quasi-conditions, would be such as must necessarily be satisfied by the time when the will operated. The next would be those depending only on the will of the *heres*, such as could be satisfied at once, involving no delay in *aditio*. These seem to have been admitted in or shortly after, the time of CICERO. Those involving delay were not admitted, or, at any rate, were not treated as conditions till the Empire, and then became common. It is clear that conditions were earlier and more prominent in legacy. On the view that the "*uti legassit*" clause of the XII Tables had in origin nothing to do with *institutio*, whatever tradition may have made of it, but only with *res*, as opposed to *sacra*, i. e. legacy, this is intelligible, and *condicio* on *institutio* would be borrowed from legacy¹). The anomaly of express *condicio* on an *actus legitimus* may well have come in when similar anomalous constructions were being made in connexion with codicils and *fideicommissa*.

Mancipatio familiae could not be subject to *condicio*. This does not prove that the instructions to the *familiae emptor* could not, but the characteristics of the law of *institutio* are largely derived from the *mancipatio*. Just as it must be at the beginning, as the *emptio* must, so it is natural, apart from the conception of *actus legitimus*, that *institutio heredis* should carry on the rule of unconditionality which applied to *familiae emptor*, who was *in loco heredis*. *Dies* was never admitted, (it served little purpose), but to avoid intestacy was struck out. That rule remained, but the exclusion of conditions disappeared as being too inconvenient.

The power of inserting additional requirements in the *cretio*

¹) See, especially, VERNAY, *Servius et son École*, who however, is inclined to suppose that *condicio* appeared in *institutio* before it did in *l. per vindicationem*. His treatment of conditions in wills (pp. 155 sqq.) traces it from *cretio* with special directions, that is to say, in effect from *cretio*, which is itself a direction. This view is indicated by the texts shortly to be considered. His doctrinal reasonings would apparently lead to dating somewhat similar to that herein suggested.

clause would itself provide a means, in effect, in introducing at least purely potestative conditions, and it may well be that the attempt to do more by this means was another potent factor in the evolution of the true conditional *institutio*.

The texts, while they do not prove the evolution outlined here, do unquestionably give strong support to this view of the matter.

The idea of continuity involved in that of *hereditas* is out of harmony with the existence of suspensive conditions, operating as they are known to have operated in the classical law. Delay indeed there must be wherever acceptance is necessary and there is a power of refusal¹⁾, but a delay inherent in the transaction is a different matter from a delay and interval expressly created by the instrument. The rule that *dies certus* is struck out is commonly set down to the fact that it is a wanton and purposeless delay, but the foregoing considerations must have played their part. The rule that *dies incertus* is a condition is a later development, not shewn to be earlier than PAPINIAN²⁾ and it has been explained, and explained away, by many writers³⁾. The objection to the various explanations of the rule is that they seek to account logically for a rule that has a purely historical basis. That such gifts should be valid is obviously convenient. A may well wish to give B a benefit to operate after the death of B's paterfamilias: "post mortem patris eius" does this. The fact that the rule is late is evidence that conditions themselves are not ancient.

The writings of CICERO are full of allusions to *hereditas*, but few have any significance for the present question and they seem

¹⁾ There is of course inevitable delay between the act of testation and the death.

²⁾ D. 35, 1, 75.

³⁾ See BRUNETTI, *Dies incertus nelle disposizioni testamentarie*. He cites and justly rejects many attempts to shew that the rule did not exist. He attempts a rational explanation turning on *intuitus personae*. *Dies incertus quando* cannot be estimated for present value to the donee while *dies certus* can. The latter gives a present value to the donee and thus a right, which is transmissible while the former is not. In view of the fact that the commonest *dies incertus* was "cum S. morietur" this assumes the Romans not to have been able to value a life interest, for the value to the donee is the value less the value of an interest for the life of S. They had methods of calculating this, though clumsy ones. See ROBY, *de Usufructu*, 199.

to shew that he did not know of ordinary conditions on institutions.

Ad Att. 11, 15, 4. "De Fufidianis quare nihil potuit confici? Genus enim condicionis eiusmodi fuit in quo non solet esse controversia, cum ea pars quae videtur esse minor licitatione expleri possit. Hoc ego non sine causa quaero. Suspikor enim coheredes dubiam nostram causam putare, et eo rem in integro esse malle."

This seems the only text in CICERO in which the word *condicio* occurs in connexion with *institutio*. That is its whole interest. It is clear that it is not a condition in our sense ¹⁾: it is a question of directions of the will as to distribution among the *coheredes* ²⁾.

De Officiis 3, 24, 93. "Si sapiens rogatus sit ab eo qui eum heredem faciat cum ei testamento sestertium milies relinquatur, ut antequam hereditatem adeat luce palam in foro saltet, idque se facturum promiserit quod aliter heredem eum scripturus non esset, faciat quod promiserit necne? Promisisse nollem et id arbitror fuisse gravitatis: quoniam promisit, si saltare in foro turpe ducet, honestius mentietur, si ex hereditate nihil ceperit, quam si ceperit, nisi forte eam pecuniam in rei publicae magnum aliquod tempus contulerit ut vel saltare, cum patriae consulturus sit, turpe non sit."

The point as to the circumstances in which it is proper not to keep a promise could not have been raised if there had been a condition of dancing. There is no condition and the text says it will (a special case apart) be proper for the promisor to break the promise provided he does not take the money, thus implying that he could take it without dancing ³⁾. The passage shews how at that time, testators secured that their *heredes* should do something in the future, not by a condition involving suspension of *aditio*. A condition which must be determined one way or the other by the opening of the will may be on a different footing.

In Verrem, 2, 1, 47, 123. The story here told may be outlined as follows. T had a brother in exile. He instituted several *heredes*, and, in order to provide for his brother "*scripsit ut heredes iurarent*

¹⁾ See also D. 11, 13, 3; 11, 14, 3.

²⁾ The word *condicio* is frequently used to denote provisions which have nothing to do with suspension of *aditio*. See, for examples, PERNICE, *Labeo* 3, p. 29 and n. 1.

³⁾ This seems to be the construction, but in anycase there is no indication of any provision at all contained in the will.

se curaturos" that not less than half of each share should go to the brother. One *heres*, a *libertus*, took the oath. The others appealed to Verres to remit it on the ground that such an oath for the benefit of a proscrip̄t was illegal. There was at that time no rule remitting *condicio iurisiurandi*. Verres gave them *bonorum possessio* but refused it to the *libertus*. The merits of the case do not concern us. So far as appears this was not *condicio* but direct *iussum*, perhaps independent of the *institutio* and enforceable in one of the several ways applied to such things¹⁾. Probably it was one of the requirements of the *cretio* clause operating as a condition. The form "*iussit*" does not exclude a true condition²⁾, and it may have been: "*T. heres esto si juraverit se curaturum* (etc.) *cernitoque in diebus*" (etc.). This is less probable, but if it is the true interpretation then this earliest type of condition which is quite potestative and involves no delay was recognised in CICERO's time as it certainly was not long after. When ordinary conditions were admitted, the *praetor* remitted the *condicio iurisiurandi* and ULPIAN observes hereon that if the testator wished to provide for the thing it was easy to impose a condition³⁾. If we note that this would not have been true when conditions involving suspense were not admitted, and that *condicio iurisiurandi* is more prominent in *institutio* than in *legacy*⁴⁾, while *condicio* in general is much more prominent in *legacy*, the suggestion is obvious that the inadmissibility of ordinary conditions in *institutiones* is the source of the whole practice. When the rule of remission came in, is uncertain. PERNICE holds⁵⁾ that it was not known to LABEO but was to PROCULUS, arguing from a text already considered⁶⁾. LABEO, he thinks, holds the *iuratio* not to be a *gestio* because it had to be taken and was thus a necessary preliminary, while for PROCULUS as it was now unnecessary, it

¹⁾ PERNICE, *Labeo*, 3, 1, 39 sqq.; HUSCHKE, *Die Multa*, 303 sqq.

²⁾ PERNICE, *op. cit.*, p. 41. ³⁾ D. 28, 7, 8, pr.

⁴⁾ Of the two texts in the title on conditions in *legacy* which deal with it one is concerned mainly, probably originally only, with *institutio*. D. 35, 1, 26. ULPIAN discusses it at length in the title on conditions on *institutiones*. D. 28, 7, 8. PERNICE, *op. cit.* 3, 1, 49, thinks the rule of remission may have been extended to *legacies*, rather late, by *interpretatio*. LENEL is, also, doubtful whether the edict so applied it. E. P. 349.

⁵⁾ *Op. cit.* 3, 1, 50 sqq. ⁶⁾ D. 29, 2, 62, pr.

was a sufficient *gestio*. But, as we have already remarked, the real difference seems to have been as to the meaning of *gestio*¹⁾. Nothing in the language of either jurist suggests that the point taken by PERNICE was what influenced him. In any case the remission rule is not much later: it is a fully recognised institution for JULIAN²⁾. The acceptance of conditions in general as having full civil law effect is probably not much earlier.

In Verrem, 2, 2, 14, 36. Here a *heres* is attacked and the estate claimed because he has not carried out an alleged direction of the testator to place statues in the *Palaestra* of his town. There is no suggestion of condition and the only significance of the passage for us is that it is precisely the kind of thing for which conditions would be convenient. Verres seems to have provided other illustrations of this type³⁾.

Ad Att. 7, 8, 3. "Dolabellam video Liviae testamento cum duobus coheredibus esse in triente, sed iuberi mutare nomen."

This might conceivably be a condition imposed on the *institutio*, but that is not clear. It would have been so done in later times⁴⁾, but at this time it is more likely to be a direction enforced by *cautio*, refusal of actions, *multa* or the like⁵⁾.

This seems to be all CICERO's contribution to the law of conditions on *institutio*. There seems to be no text earlier than CICERO which refers to them⁶⁾. It does not therefore seem rash to say that conditions of the delaying type were later than CICERO. The surviving classical and pre-classical legal texts tell us nothing⁷⁾. The rest of the evidence is from the *Corpus Iuris Civilis*.

¹⁾ Ante, p. 250.

²⁾ D. 40, 4, 12, 2.

³⁾ See eg. *In Verr.* 2. 1. 10. 27; 2. 2. 8. 22. But the cases, like that in the texts (*In Verr.* 2. 2. 14. 36) are not really in point: the parties are not *cives romani*, the wills not roman.

⁴⁾ See the (reconstructed) will of DASUMIUS: GIRARD, *Textes* (4) 798.

⁵⁾ It may be a testamentary *adoptio*, but this is hardly likely. MICHEL, *Droit de cité Romaine*, 248 sqq., collects a number of similar cases. The juristic construction of such transactions is disputed. See GIRARD, *Manuel* (6) 179. M. speaks of them as *institutiones* with a condition of taking the testator's name, but this does not appear.

⁶⁾ PLAUTUS has nothing. It is even suggested that he knows nothing of *institutio*. LENEL, *Essays in Legal History*, cit., 139.

⁷⁾ ULP., *Regg.* does not mention conditions on *institutiones* at all.

D. 35, 1, 80. SCAEVOLA. "Eas causas quae protinus agentem repellunt in fideicommissis non pro conditionalibus observari oportet: eas vero quae habent moram cum sumptu admittemus, cautione oblata, nec enim parem dicemus eum cui ita datum sit si monumentum fecerit et eum cui datum est ut monumentum faciat."

The text does not deal with *institutiones* and its only interest for us is that its opening part seems to hint at a distinction between requirements which involve delay and those which do not, a distinction, which if it is implied is at any rate lost sight of in the later part of the text. This text has obviously been altered and has been handled in various ways by critics¹). If SCAEVOLA was treating of *fideicommissa hereditatis*, it may be a reflection of a system in which, in direct *institutiones*, what were expressed as conditions involving delay were saved by not treating them as conditions. But this in any case did not last to his day.

The earliest jurist who appears as speaking of conditions in *institutio* is CICERO's contemporary SERVIUS. Two of his texts²) deal with such cases as "*si mea mater vivet*" which must be determined by the time when the will is opened and thus are not true conditions³). A third is more important.

D. 28, 7, 28 PAPINIAN. "... argumentum est quod apud SERVIUM quoque relatum est, quendam enim refert ita heredem institutum si in Capitolium ascenderit, quod si non ascendisset legatum ei datum, eum antequam ascenderet mortem obisse: de quo respondit SERVIUS condicionem morte defecisse ideoque moriente eo legati diem cessisse".

This seems to express a true condition, but it is one which can be performed at once, dependent only on the will of the *heres*. On that view it is the earliest recorded instance of such a condition but it is at least possible since it comes from a jurist

¹) PERNICE omits the *non*. LENEL inserts one before *repellunt*. Either course makes the text coherent, but empty: what is not treated as a condition is not so treated. LENEL also omits, as due to the compilers, the clause "*eas vero... oblata*" which seems however an integral part of the text. *Semper*, before *pro*, would give sense. It distinguishes between direction and condition as does the last clause, where, however *datum sit* and *datum est* invite remark.

²) 28, 5, 46; 35, 1, 6, 1.

³) In the first the language at least is PAUL's since *impossibilis* is a post Augustan word. LABEO did not know it. 28, 7, 20; 30. 104, 1.

so late as PAPINIAN, that SERVIUS is translated into the language of a later age. The decision would be the same if it were a direction with a provision that if he did not do it he was to be excluded and to have a legacy instead, i. e., that it was in effect a legacy "*cum morietur*" (not having ascended the Capitol) and was good.

AQUILIUS GALLUS, another contemporary of CICERO has left nothing on the point, though he deals with substitution of *postumi*.

ALFENUS VARUS, a little later, provides some evidence. Apart from an empty text already considered ¹⁾, his views appear in three texts, perhaps ²⁾ direct ³⁾.

D. 28, 5, 45. "Paterfamilias testamento duos heredes instituerat: eos monumentum facere iusserat in diebus certis: deinde ita scripserat "qui eorum non ita fecerit omnes exheredes sunt". alter heres hereditatem praetermiserat. reliquus heres consulebat cum ipse monumentum exstruxisset numquid minus heres esset ob eam rem quod coheres eius hereditatem non adisset? Respondit neminem ex alterius facto hereditati neque alligari neque exheredari posse, sed uti quisque condicionem implessit quamvis nemo adisset praeterea, tamen eum heredem esse."

D. 35, 1, 27. "In testamento quidam scripserat ut sibi monumentum ad exemplum eius quod in via Salaria esset P. Septimii Demetrii fieret: nisi factum esset heredes magna pecunia multare et ⁴⁾ cum id monumentum P. Septimii Demetrii nullum reperiatur sed P. Septimii Damae erat ad quod exemplum suspicabatur eum qui testamentum fecerat monumentum fieri voluisse..."

D. 50, 16, 202. "Cum in testamento scriptum esset ut heres in funere aut in monumento duntaxat aureos C consumeret, non licet minus consumere, si amplius vellet, licet, neque ob eam rem contra testamentum facere videtur."

Here we reach requirements involving delay and expense. The second is plainly a case of *multa*, and the third is probably of the same type, as is suggested by the words "*contra testamentum*." They are therefore not important except as shewing

¹⁾ 28, 5, 46. ²⁾ See LENEL, *Paligenesia*, 1, 38.

³⁾ These texts have been much discussed. For the most recent treatment and references to earlier discussions, LÉVY-BRUHL, *N. R. H.*, cit. p. 182.

⁴⁾ MOMMSEN suggests "multarat."

how such things were provided for at that time. The first is more important¹⁾. The word *paterfamilias* suggests that it deals with *sui heredes* but PERNICE²⁾ rejects this, partly because of the words "*adire*" and "*praetermittere*" and partly because of the rule that a man could not be instituted and disinherited in the same will³⁾. On the assumption that the text deals with *extranei* it is to be noted that, though *condicio* occurs late in the text, there is no condition on the *institutio*⁴⁾: it is a direction with a conditional *exhereditatio*. This *exhereditatio* is mere surplusage if there is a condition. In all probability it was, as PERNICE holds, in its original form a *cretio* with a direction to build a monument within the term of *cretio*. If however the text deals with *sui heredes*, which is not impossible⁵⁾, the *exhereditatio* would be necessary, but in any case the text is no authority for an express condition on an *institutio*, but only for a conditional *exhereditatio*. It is a step forward to the recognition of conditions but no more.

The other republican jurists other than LABEO appear in two texts.

D. 28, 5, 70 PROCULUS. "C et M uter eorum volet heres esto, uter vult, TREBATIUS neutrum heredem fore, CARTILIUS utrumque, cui adsentiaris?" (The text continues with the views of PROCULUS).

D. 28, 8, 39, pr. JAVOLENUS. "Cum ex filiis quis duos nepotes impuberes habebat, sed alterum eorum in potestate, alterum non, et vellet utrumque ex aequis partibus heredem habere, et si quis ex his impubes decessisset ad alterum partem eius transferre: ex consilio LABEONIS CASCELLII TREBATII OFILII eum quem in potestate

¹⁾ The doubts in the minds of the *coheredes* may be due to the curious wording of the direction: "qui . . . non . . . fecerit, omnes exheredes *sunt*o.

²⁾ LABEO, 3, 1, 43. ³⁾ D. 28, 2, 13, 1; 28, 4, 1, 4; 29, 1, 17, 2.

⁴⁾ PERNICE, loc. cit., observes that it is *modus* at the beginning and *conditio* at the end.

⁵⁾ *Adire* occurs for *sui heredes*, CICERO, *Phil.* 2, 16, 42 and *praetermittere* also (D. 29, 2, 59). As to the texts dealing with ademption and gift in the same will, their meaning is somewhat obscure, but they cannot be decisive on this point, since they apply to *extranei* as well as to *sui*. And what is done in this case is no more than what is done in every case of *cretio perfecta* with a *substitutio*. As to the interpretation of the texts see MÜHLENBRUCH-GLUCK, 36, 402 and FEIN-GLUCK, 44, 112. It may be doubted whether the rule about *ademptio* (see n. 3) is old enough to be applicable to the age of ALFENUS.

habebat solum heredem fecit et ab eo alteri dimidiam partem hereditatis cum in suam tutelam venisset legavit: quod si is qui in potestate sua esset impubes decessisset alterum heredem ei substituit."

In the first text it does not appear that the case is looked on as one of condition. TREBATIUS seems to treat the case as one of a gift to one of two and void for uncertainty. PROCULUS agrees with CARTILIUS (date unknown) and holds the words "*uter eorum volet*" as surplusage. He adds that if both were *necessarii* the words have the force of a condition, but that still both would take if both wished to. It is in any case clear that by the time of PROCULUS a condition which could be satisfied at once was good.

The second text is of more interest. A testator wants to know how he can best approximate to reciprocal pupillary substitution where one of the sons is *sui iuris*. Four of the greatest lawyers of the day concur in advising him that his best plan is to make the *extraneus* a legatee of his share when he reaches puberty, making him also pupillary substitute to the *suus*. If he dies under puberty the legacy will not operate, the effect being much the same as if the *suus* had been pupillary substitute to him. It was no doubt too early for *fideicommissum*, but the question arises why none of these suggested instituting the *extraneus* under the same condition. The reason seems to be that at this time no such thing was possible ¹⁾.

There remains LABEO, whose texts come to us through JAVOLENUS and TRIBONIAN. In the text last discussed we found him unacquainted with conditions on *institutio*, involving delay, and we have also seen that he was acquainted with purely potestative conditions, which could be satisfied at once (*si iuraverit*) ²⁾.

D. 28, 7, 20, pr. "Mulier . . . virum heredem ita instituerat si eam pecuniam quam doti promississet neque petisset neque exegisset. Puto si vir denuntiasset ceteris heredibus per se non stare quominus acceptum faceret id quod ex dote sibi deberetur, statim eum heredem futurum. Quod si solus heres institutus esset in

¹⁾ In view of the edictal provisions for the case of outstanding conditions it is not easy to see much difference in ultimate effect. 28. 5. 3; 37. 11. 5, 6.

²⁾ 29. 2. 6. pr. Ante, p. 250.

tali condicione nihilominus puto statim eum heredem futurum, quia ἀδύνατος condicio pro non scripta accipienda est."

H. 1. 1. "Si quis hereditarium servum iussus est manumittere et heres esse, quamvis si manumiserit nihil agat, tamen heres erit: verum est enim eum manumisisse: sed post aditionem libertas servo data secundum voluntatem testatoris convalescit."

D. 35, 1, 39, 1 "Cum ita in testamento scriptum erat "ut aliquid in foro fiat" neque adscriptum erat in quo foro, LABEO ait, si non appareat quid mortuus senserit in eius municipii foro faciendum in quo is qui testamentum facerit domicilium habuerit" ¹).

D. 50, 16, 217, pr. "Inter illam condicionem "cum fari potuerit" et "postquam fari potuerit" multum interest, nam posteriorem scripturam uberiores esse constat: "cum fari potuerit" arctiorem et id tantummodo tempus significari quo primum fari possit (1). Ita autem data condicione "illud facito in diebus" si nihil praeterea fuisset adiectum in biduo condicionem impleri oportet."

The last text is, probably, mainly JAVOLENUS. In 1 it is a case of direction in the *cretio* clause, and the same is probably true of the *pr*.

The third text does not suggest *condicio*, but it follows words of JAVOLENUS (apparently) laying down a rule on conditions of which he cites the passage from LABEO as illustration. The suggestion is obvious that what in LABEO's time would be direction, would be stated as condition in that of JAVOLENUS.

The second text deals with a *iussum* (?) which as LABEO interprets it is purely potestative, and can be satisfied at once. Whether it was *condicio* or direction in the *cretio* clause is uncertain: the latter seems probable ²).

The first text, where LABEO himself seems to be speaking, deals with what can hardly have been anything but a condition. But it is interpreted by LABEO in such a way that the will can take effect at once, a point emphasised in the language: he can be *heres* "statim". This interpretation also excludes the need for cooperation of the persons entitled: it is potestative and can be satisfied

¹) H. 1. 2 is not a case of true condition: it is something which must have been already done.

²) The final clause must be compilers' work.

at once. The only justification for this forced construction is that the gift would otherwise be void. Thus only potestative conditions not involving delay were admissible even at the close of LABEO's life, the *Posteriora* from which the text comes having been published after his death.

We soon get other types of condition, though they were never so prominent in *institutio* as in legacy ²⁾. SABINUS recognises conditions involving delay, though rejecting the particular instance ³⁾, and in another text POMPONIUS, citing PROCULUS and SABINUS gives an illustration ⁴⁾, and there are many later.

It seems to follow that the form of *cretio*, with its inconvenient complications is mere survival of a form compelled by ancient principle.

Conditio, in *institutio*, as we know it, is a civil law institution. It is discussed mainly in treatises on the civil law. The existence of a *condicio* not fulfilled was a bar to *aditio* ⁵⁾. The recognition would seem therefore to be a part of the juristic construction of which the early empire was so fertile. But there are indications which point in another direction. It has been shewn by PERNICE ⁶⁾, that the praetor's *remissio* of *condicio iurisiurandi* had full civil law effect. The introduction of this *remissio* seems to coincide roughly in time with the recognition of ordinary conditions, and it is not easy to see how the *remissio* should have had this effect if conditions were fully valid at civil law ⁷⁾. Further, where a condition was unsatisfied the praetor would give *b. p. secundum tabulas* ⁸⁾. This is provisional, but only in the sense that the *heres* must give security for restitution if the condition fails. It is under no special edict, but the ordinary edict for *b. p. secundum*

¹⁾ AUL. GELL. 13. 10. 2.

²⁾ The title in D. treating of them in *institutiones* (28. 7) is about one fifth as long as that which deals with them in connexion with other gifts by will (35. 1).

³⁾ Inst. 2. 20. 36.

⁴⁾ D. 35. 1. 14. See also 28. 5. 23. pr.; 28. 7. 4. pr.; h. t. 7. 6.

⁵⁾ See below, p. 268. ⁶⁾ *Labeo*, 3. 1. p. 54 n. 4.

⁷⁾ It may be noted that KARLOWA (*Röm. Rg.* 2. 472) cites as evidence for the civil origin of *Operis novi nuntiatio* the fact that here the praetorian *remissio* "nicht direkt wirken kann".

⁸⁾ D. 37. 11. 6.

tabulas, and it could hardly be "*secundum tabulas*" if the *hereditas* was not *delata* at civil law till the condition was satisfied ¹⁾. It is not said that the *hereditas* is not *delata*: we are told that the *heres* cannot *adquirere, capere, repudiare* ²⁾. GAIUS distinguishes between the case of one who "*aliqua ex causa cernere prohibetur*" and one who "*sub condicione institutus est*" ³⁾. We have seen that one conditionally instituted could get *b. p. secundum tabulas*, but for this it is always necessary that the *hereditas* be *delata* ⁴⁾. These considerations seem to suggest that conditional *institutio*, like some other matters, was first recognised by the Praetor and adopted into civil law by *interpretatio*.

The later history of *cretio* is obscure ⁵⁾. The enactment of M. AURELIUS ⁶⁾ does not seem to have affected the general principle: it merely provided that, in *cretio imperfecta* followed by *substitutio*, the condition "*si non ita creveris*" was to mean "*si non (intra tempus praefinitum?) adieris*." Apart from this the law seems to have remained unchanged to the end of the third century. Laymen, a little later, may explain the word incorrectly ⁷⁾, but legislation still uses it in its true sense. Thus CARACALLA says "*si in potestate patris fuisti cum hereditas . . . tibi obvenit, eamque iussu patris crevisti*" ⁸⁾, and DIOCLETIAN is quite specific: "*manifesti iuris est antequam cerneret vel pro herede gereret vel bonorum possessionem peteret*" ⁹⁾ . . . CONSTANTINE uses similar language: "*cum vero maior successionem adeptus fuerit minoris, si quidem civili iure*

¹⁾ See JULIAN in D. 37, 11, 2, 1. In the wellknown case of Silius (CICERO, *Top.* 4. 18; *ad fam.*, 7. 21) SERVIUS held that if the will was of a person who had not *testamentifactio*, any *b. p.* under it was not "*ex edicto secundum tabulas*".

²⁾ D. 28, 7, 13; h. t. 14; 29, 2, 13. pr. In h. t. 32, 1 *aditio* is barred, but this is on account of the state of knowledge of the *institutus*.

³⁾ G. 2, 172. The harsh rule here referred to in the case of conditional *institutio* shews that *condicio* is a secondary development. The difficulty would not exist if *delatio* did not occur till the condition was satisfied.

⁴⁾ 37. 11, 1, 4.

⁵⁾ Considered by LEY-BRUHL, *N. R. II.*, cit., 155 sqq., but without special reference to the case of intestacy.

⁶⁾ ULP. 20, 34; ante p. 253.

⁷⁾ See e. g., NONIUS. 261 (M), text uncertain.

⁸⁾ *Greg. Wis.*, 13, 14.

⁹⁾ Const. 6, 19. The lex is in JUSTINIAN'S Code without the reference to *cretio*. C. 6. 30, 7.

*ab intestato vel ex testamento successerit, mox cum creta fuerit vel adita hereditas, si vero honorario iure ex quo bonorum possessio fuerit accepta*¹⁾ . . . At this point legislation begins which is not easy to interpret. It seems to be concerned only with succession by or through young children, who could of course make no *cretio*, a rule carried over in the case of *infantes* and other incapables to informal *aditio*⁴⁾.

The legislation on *cretio* now to be considered begins, so far as it is still extant, with an enactment of CONSTANTINE (A. D. 319) which provides that for the future the father is to have only the right of enjoyment for life of property which comes to the child from its mother, with no right of alienation, and adds: "*cesset itaque in maternis duntaxat successionibus commentum cretionis et res quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae ita sint in parentum potestate atque dominio . . .*" etc. This seems to mean that *cretio* shall no longer be necessary, but that such a succession shall go to the father for life and to the child afterwards, as a matter of course⁵⁾. A few months later he lays down the same rule as to the limited right of the father, in an enactment which begins⁶⁾: "*cum ad patrem aliquid ex materna successione interposita cretione pervenerit et ad liberos maternarum rerum successiones defluerint . . .*" which seems to assume *cretio* for the very case in which it has just been abolished. GOTHOFREDUS supposes⁷⁾ that here "*interposita*" means "*seposita*" or "*semota*", which is hardly plausible. More probably it is a supplementary enactment to remove doubts and to make it clear that the limitation of the father's right is to apply even though *cretio* has been performed and the case has thus become one of an ordinary *hereditas*. It is clear from the later legislation⁸⁾ that CONSTANTINE had done away

¹⁾ C. Th. 2, 16, 2, 4. The lex is in JUSTINIAN'S Code without the reference to *cretio*. C. 2, 52, 5.

²⁾ D. 29, 2, 63; C. 5, 70, 7; C. 6, 56, 1.

³⁾ We shall see that some is missing, but this is not earlier.

⁴⁾ C. Th. 8, 18, 1.

⁵⁾ P. KRÜGER, *Z. S. S.* 37, 91, seems to suggest that the rule requiring *cretio* applied only to claims under wills, but this does not seem to be so.

⁶⁾ C. Th. 8, 18, 2. ⁷⁾ Ad. h. 1.

⁸⁾ As to C. 6, 30, 4 (A. D. 250) see post, p. 273.

with whatever need there was for *cretio* where a father acquired the mother's succession through the child.

In 339 the relaxation begun by CONSTANTINE was carried further¹⁾: "*cretionis observantiam praecipimus removeri per quam filii patriae potestati subiecti res ex materna hereditate vel ex diversis successionibus ad se devolutas antehac his in quorum potestate fuerant acquirebant.*" After providing that if the child ultimately dies under six years of age the property from the mother's side shall go "*ad proximos maternos*"²⁾ and only if he survives that age to the father, the emperor revokes "*priorem nostram iussionem quae sine temporis distinctione filiorum successionem ad patrem iusserat pertinere.*" This enactment is not extant, and it is not worth while to guess at its content: the enactment on *cretio* was CONSTANTINE'S. He then provides that property coming from relatives or friends on the father's side (by will, as it must be) is to go with the same distinction of age, to the father or "*patris genus*", so that what comes from one family will revert to it. He then says: "*Post emensum vero sextum aetatis suae annum, adaeque sine eiusdem cretionis necessitate, delatas sibi qualicumque successionis genere facultates ad eos quorum in potestate sunt iure patrio transmittant.*" This remits the need of *cretio* in successions acquired through a *filusfamilias* from the mother or her side or the father's side or his friends. Though the exclusion of the need of *cretio* is extended it is not quite clear that the limitation on the father's interest is³⁾.

¹⁾ C. Th. 8, 18, 4. KRÜGER, loc. cit., gives, after reexamination of the Ms. by himself and VEHRKE, some emendations and considerable addition to the received text.

²⁾ Earlier in the same year it had been provided (C. 6, 9, 9) to avoid "*inanium verborum captiones*" that registration in the *acta* of a Court should suffice for the acquisition of a *hereditas*. JUSTINIAN twice refers this to B. P. (Lex cit. and C. 5, 70, 7, c.) It may possibly have referred originally to *cretio*. *Hereditas*, though not impossible, is unusual for B. P. so early as A. D. 339, and the words describing the alternative are almost exactly those used elsewhere to describe an acceptance which is not a demand of B. P. (C. Th. 8, 18, 8). The evidence for requirement of exact words in B. P. is slight. C. 6, 59, 1 and 2 do not shew it and THEOPHILUS (*ad Inst.*) 3, 9, 10 hardly does. In P. Amh. II, 72 (GIRARD, *Textes*, 809). B. P. is asked for by messenger, which does not look very formalistic. And D. 37, 1, 7 shows that it could be given without any demand.

³⁾ See however KRÜGER, cit. p. 94.

An enactment of the same emperor ten years later¹⁾ is in such an imperfect state that GOTHOFREDUS says that, to explain it "*Delio natatore vel Oedipo opus esset*"²⁾. Of the clauses which concern us, the first though imperfect, is clear as to its meaning. It runs "*si vero filiusfamilias ab avo suo materno ostenditur institutus patre cernere iubente filioque cernente, persona filii media hereditas pervenit ad patrem...*" Here *cretio* is assumed in what looks like the exact case in which, 10 years before, it had been made unnecessary. The final clause also calls for *cretio* in the same case: "*diceret cretionem.*" This *lex* deals only with acquisitions from *avus maternus*, by will; it may be that the relaxation of 339³⁾ was to apply only on intestacy, so far as acquisitions on the mother's side were concerned. Those from the father's side must necessarily be by will: that *lex* uses different language in this case. On the mother's side it says "*successiones devolutae*", on the father's side, "*si... reliquerit.*" But in fact its whole language assumes that the existing relaxation applied only to *materna bona*.

The next enactment affecting the matter is one of A. D. 407⁴⁾. It provides that if the child is under 7 the father can enter on the mother's succession for him, but, if over, the child himself enters. It adds: "*cretionum autem scrupulosam solemnitatem sive materna filiofamilias sive alia quaedam deferatur hereditas hac lege emendari penitus amputarique decernimus.*" In form this abolishes *cretio* for all purposes, and it is so used by JUSTINIAN who inserts in his Code⁵⁾ this provision without the rest of the enactment. But it is more probable that the legislator had in mind only the case with which he was dealing⁶⁾. The framers of the THEODOSIAN Code would perhaps hardly have adopted the rubric "*de cretione vel bonorum possessione*"⁷⁾ if *cretio* had been expressly and absolutely abolished in another title⁸⁾. But, however limited the object of the enactment of A. D. 407, it may be doubted

¹⁾ C. Th. 8, 18, 5.

²⁾ See now, KRÜGER, cit., pp. 95 sqq.

³⁾ C. Th. 8, 18, 4.

⁴⁾ C. Th. 8, 18, 8.

⁵⁾ C. 6, 30, 17.

⁶⁾ GIRARD, *Manuel*, 885, n. 1.

⁷⁾ C. Th. 4. 1.

⁸⁾ The *lex* under this rubric is rambling and obscure. It mentions *cretio* only in its historical part and is probably only abolishing the rule excluding the father if the child dies under 6.

whether this is not the last trace of *cretio* as a legal requirement in any case ¹⁾. In enactments of the THEODOSIAN Code where modes of acceptance are handled it is not named ²⁾. There seems no sign of it in that age, except in this case of succession through children.

The question arises: what characteristic of this case accounts for survival of *cretio*, and for the necessity of it? It has nothing to do with *cretio* in a will, for it is impossible on a fair reading of the general language of these provisions ³⁾ to confine them to wills, or, *a fortiori*, to wills with a *cretio* clause. It is clear that there was ordinarily no such requirement in intestacy, or apart from such a clause. It seems to follow that there was a special rule and it is widely held that classical law had a rule that entry by a person *alieni iuris* required *cretio*. This rests mainly on G. 2. 187—190, in which, dealing with entry of a *servus alienus institutus*, GAIUS speaks sometimes of *aditio*, sometimes of *cretio*. The texts deal only with slaves and thus only with wills, and for the most part shew merely the well-known fact that a *cretio* clause was almost universal ⁴⁾. But in 2. 187 it is a slave of the testator, instituted without liberty, and it is said that even if alienated he cannot “cern”. Even here a *cretio* clause, though it looks odd, is not impossible, for such an *institutio* would probably have been made with a view to alienation. It may be worth noting that in 188, where a *servus proprius* is instituted *cum libertate* and afterwards alienated, it is said that he can enter at the order of his new master, and nothing is said of *cretio* ⁵⁾. It is in any case surprising that so important a rule should not be stated, but left to an uncertain inference, and not hinted at in ULPIAN’s parallel passage ⁶⁾. The GAIUS texts can serve to explain

¹⁾ So KNIEP ad G. 2, 97—280, p. 299.

²⁾ C. Th. 4, 4, 7; 5, 1, 1.

³⁾ C. Th. 8. 18. 1, 2, 4.

⁴⁾ G. 2. 164. MUEHLENBRUCH-GLUCK, 42, p. 393, n. 58) thinks 187 the only material text. HUSCHKE, *Studien*, 254 sqq. thinks it a practice which may have hardened into a rule, the purpose being to make it clear that authorisation to enter is not authorisation to administer.

⁵⁾ HUSCHKE, loc. cit., on the evidence, thinks that GAIUS here said “*cernere*”.

⁶⁾ ULP. 22. 11—13. See also G. 2. 87, where the point might have been reasonably made.

our rule only on the assumptions (1) that they do state a rule, which is not clear, (2) that they apply also to *filiifamilias*, which is not hinted at, but, is not improbable, assuming the rule, and (3) that they apply also to intestacy, of which there is no suggestion whatever. It is not strange that this evidence has been thought to need supplementing, especially in view of C. 6. 30. 4 (A. D. 250) which says that it has been *saepe rescriptum* that a *filius* can authorise his father to do acts of *pro herede gestio* for him, and appears quite genuine¹⁾. Accordingly Gr. Wis. 14. 1 (A. D. 218) is cited, but it merely shews that in a certain case, apparently under a will, there had in fact been *cretio*: it gives no help. To this KNIEP adds²⁾ D. 29, 2, 25, 7. Here Ulpian seems to have said that if a father authorised a son *pro herede gerere*, and the son made *cretio*, it might be doubted whether this was *iussu patris*. KNIEP remarks that if *gestio* had had the same effect as *cretio*, no one could have doubted. To this it may be replied that, even apart from the alleged rule, it would not necessarily have the same effect as *cretio*: there may have been a *cretio* clause. The case is one of four put in the text³⁾, all, in effect, cases of *pro herede gestio*, and it seems almost more reasonable to reverse KNIEP's dictum and say that if the authorisation had been to do an act necessarily void, no one could have supposed the *cretio* to have been *iussu*, and therefore valid.

The suggestion of a classical rule being thus unproven and, in view of C. 6, 30, 4, improbable, some other cause must be sought. There is no ground for supposing lost legislation: "*dudum placuit*", says one text⁴⁾, and another describes the rule as an *observantia*⁵⁾, a name elsewhere applied to rules developed by practice⁶⁾.

The texts dealt with shew that there was such a rule applying

¹⁾ It is difficult to see what it can have said if not what it now contains.

²⁾ Ad G. 2. 187—190 (p. 336).

³⁾ One is "to demand *B. P.*" This is *gestio*, see D. 29, 2, 60, where LABEO so holds and his view is rejected not because it is not *gestio*, but because such demand on intestacy cannot be *cretio* under a will. In D. 29, 2, 6, 3 there has been no *cretio*, but the *pf.* has acquired the *hereditas*.

⁴⁾ C. Th. 8, 18, 5. ⁵⁾ C. Th. 8, 18, 4.

⁶⁾ D. 1, 2, 2, 24; C. 7, 24; C. Th. 7, 4, 10.

only to *patresfamilias* claiming through those *in potestate* ¹⁾, there being no real evidence as to slaves. It seems clear that an adult *filiusfamilias* could take otherwise than by *cretio* in A. D. 250 ²⁾. Either the rule did not then exist, or (and the possibilities are not inconsistent) it applied only to *impuberes*.

The story may be somewhat as follows. An *infans* cannot acquire a *hereditas* himself, for his *paterfamilias* or otherwise ³⁾, since he cannot "cern" and has not the *intellectus* needed for *gestio*. He does not acquire *intellectus* with the power of speech, and as *infantia* ends before, and often long before, *intellectus* is acquired ⁴⁾, he ought not to be able, even "*cum fari potest*", to go through the form of *cretio*. But a text of PAUL, which spoke originally of *cretio*, shews that to enable him to acquire, the fact that he understood nothing about the matter was ignored: he was allowed to "cern" as soon as he could speak ⁵⁾. Where he is in *potestas*, if the succession is on the mother's side, his non-acceptance will make a great difference. If he does not accept, the property goes off into a different line. If the father cannot enter for him, he will naturally make him enter as soon as possible, i. e. as soon as he can speak, and no effort will be spared to teach the child to utter the formula, whether he understands it or not, just as prisoners, under the system of Benefit of Clergy, were taught, it is said, to recite their "neckverse" though they did not know A from B. This is the *commentum cretionis* ⁶⁾, which arose in practice, as we have seen in the classical law, and from the mere privilege that it really was, was transformed by the general understanding into a rule, sometime in the fourth century, to be abolished piecemeal a generation or so later. The explicit words of the texts which speak of actual

¹⁾ C. Th. 4, 4, 1; 8, 18, 4, 5. ²⁾ C. 6, 30, 4.

³⁾ C. 6, 56, 1. ⁴⁾ D. 44, 7, 1, 13.

⁵⁾ D. 29, 2, 9, "*neque enim scire neque... decernere potest*" are clearly suggested by "*cernitoque... quibus scies*." The final words in the text may be an addition but they do not affect the rule. In C. 6, 56, 1 (A. D. 281) we are told that a child cannot acquire his mother's *hereditas* "*per se*" i. e. by his own act, till he can speak. It is the same notion: if he is *sui iuris* his tutor can acquire *bonorum possessio* for him.

⁶⁾ C. Th. 8, 18, 1.

prohibition, not mere *de facto* impossibility, of acquisition otherwise than by *cretio*¹⁾, exclude the idea that there has been no change and that it is merely an exceptional privilege.

If the foregoing is the true explanation, part of the enigma remains. We are told that a father can claim *bonorum possessio* for his infant child, and a tutor for his infant ward²⁾. If that is so it is not clear why the father is not content with this. The case may clearly be one of intestacy, where there is no question of a *cretio* clause, and there can be no doubt that *bonorum possessio*, under, e. g. the *Sc. Orfitianum*, would be *cum re*. It is clear also that the rule requiring *cretio* is a serious one³⁾. We can see from one of the enactments considered that fathers sought to evade the rule requiring *cretio* by simply taking possession and relying on *longi temporis praescriptio*⁴⁾. The difficulty disappears if we hold that the rule, authorising fathers to claim ordinary *bonorum possessio* for the child, is not classical⁵⁾. Indeed the main text laying this down⁶⁾ suggests by its form and context that the reference to the father is an addition, the original reference being only to the tutor. The passages immediately preceding and following refer only to tutor, and the same is true of another long passage taken from the same neighbourhood⁷⁾.

An enactment already dealt with⁸⁾ contemplates the father as acquiring for an infant son, but it is later than the legislation we have examined and presumably refers only to the system thereby established. It is obscure, but it seems to mean no more than that, as legislation has enabled the father to claim on behalf of an *infans*, without formalities, he may still do so even if, before he has taken any steps, the child dies still *infans*. On this

¹⁾ C. Th. 8, 18, 4, 5. ²⁾ D. 37, 1, 7, 2.

³⁾ See, e. g., the language of C. Th. 4, 1, 1 and the end of C. Th. 8, 18, 4.

⁴⁾ C. Th. 8, 18, 5.

⁵⁾ As LEIST holds, GLUCK, Ser. 37—38, § 1604. ⁶⁾ D. 37, 1, 7, 2.

⁷⁾ D. 26, 8, 1. See also LENEL, *Palingenesia*, 2, 1020. In P. Oxyrh. 8. 1114 (GIRARD, *Textes* (4) 807) there is no indication of the way in which the *hereditas* has been acquired or of the age of the *filiae*. In the document printed in GIRARD, cit., 810, the case is one of an *impubes sui iuris*. Doubt has been thrown on the plain statement of the text but there is no obvious reason for it.

⁸⁾ C. Th. 4, 1, 1 (A. D. 426).

view C. Th. 8, 18, 8 (A. D. 407) first made it possible for the father to claim ordinary *bonorum possessio* on behalf of the child and the Digest text ⁷⁾ is interpolated. A claim by the father on behalf of an infant son is indeed mentioned in another text ⁸⁾, but the context suggests that this, like that of *curator furiosi*, in connexion with which it is stated, is only decretal and provisional, for the protection of the property, and fails if the child dies still *infans* ¹⁾.

¹⁾ D. 37, 1, 7, 2.

²⁾ D. 37, 3, 1.

³⁾ See LEIST, cit.

LA TERRITORIALITÉ ET LA PERSONNALITÉ DES LOIS EN DROIT CANONIQUE DEPUIS GRATIEN (VERS 1140) JUSQU'À JEAN ANDREÆ († 1348),

PAR

A. VAN HOVE (LOUVAIN).

PRÉLIMINAIRES.

I. *Notion de la personnalité et de la territorialité de la loi en droit canonique.*

Les auteurs ne sont pas d'accord sur la notion de la personnalité et de la territorialité de la loi, en droit séculier ¹⁾ comme en droit canonique. Si Suarez ²⁾ et d'autres théologiens et canonistes ont conclu du caractère territorial de la loi à sa valeur exclusive sur le territoire pour lequel celle-ci a été portée, s'ils y ont soumis, dans les limites du territoire, les sujets aussi bien que les étrangers, d'autres auteurs, en grand nombre, malgré le caractère territorial de la loi, ont soustrait l'étranger à l'application de la loi locale. D'ailleurs cette terminologie est complètement étrangère à l'époque que nous étudions. Si nous l'adoptons, c'est qu'elle nous donne une formule d'un usage commode. Nous voulons préciser le sens dans lequel nous l'employons.

La législation canonique connaît un droit personnel dans son acception la plus complète, un droit dont l'application n'est limitée à aucun territoire et qui n'est exclusivement applicable à aucun, mais qui suit partout les personnes qui y sont soumises. La

¹⁾ La controverse est exposée dans K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, I, pp. 5-21. München, 1901.

²⁾ FRANCISCUS SUAREZ, *Tractatus de legibus*, Livre III, chap. 32 et 33. Antverpiæ, 1613.

législation générale de l'Eglise latine constitue un droit strictement personnel pour tous ceux qui appartiennent au Rit latin: „Legibus generalibus tenentur ubique terrarum omnes pro quibus latae sunt” (Code de droit canonique, canon 13, § 1). Il en est de même pour les catholiques du Rit oriental. Un Latin en Orient, un Oriental en Occident, suivra la législation de son Eglise propre. Cette théorie n'est pas neuve: elle remonte aux premières tentatives d'union de l'Eglise Orthodoxe avec l'Eglise latine. Afin de faciliter cette union, les papes ont manifesté leur volonté de respecter les usages orientaux ¹⁾. Toutefois, un temps considérable s'est écoulé avant que ce principe fût pleinement reconnu par la doctrine canonique ²⁾. Mais cette question ne fut pas agitée à l'époque qui doit nous occuper. Nous devons cependant signaler la doctrine d'Huguccio de Ferrare, qui écrivit vers 1187, et qui soumet au droit latin un Oriental qui viendrait se fixer à demeure en Occident, comme il soumet au droit oriental un Latin qui irait se fixer en Orient, à l'exception toutefois des lois sur le célibat ecclésiastique, pour ceux qui sont dans les Ordres majeurs ³⁾. Dans la discipline actuelle, c'est une qualité personnelle, une espèce d'Origo, le baptême légitimement conféré dans l'une ou l'autre Eglise, qui détermine l'appartenance au Rit latin ou oriental.

La question qui occupa les canonistes du XII^e et du XIII^e siècle, au point de vue de ce que nous appelons aujourd'hui la territorialité ou la personnalité de la loi, était tout autre. Il s'agissait de déterminer si une loi particulière, un statut, pour employer le terme

¹⁾ c. 6, X, de baptismo et eius effecta, III, 42 (1216).

²⁾ Cfr. PH. MAROTO, *Institutiones iuris canonici ad normam novi Codicis*, t. I, p. 206. Matriti, Romae et Barcinone, 1919. Cet auteur donne un aperçu sur l'historique et la bibliographie de la controverse.

³⁾ Huguccio, évêque de Ferrare, dans sa Summa sur le Décret de Gratien, trouve dans le canon 11, Illa, Distinction XII: „Argumentum, quod si quis de una ecclesia transit ad aliam ecclesiam (causa perpetuo inhabitandi), et in officiis et in aliis debet sequi consuetudinem illius ecclesiae ad quam transit. Item argumentum, quod si quis clericus de orientali ecclesia transeat ad occidentalem vel econverso, illius, ad quam transit, consuetudinem debet observare in continentia, quod non usquequaque est verum, si est in maioribus ordinibus.” (Codex vaticanus 2280, fol. IIv, col. 2; Codex latinus Monacensis, 10247, fol. IIv, col. 1) — Nous devons à l'amabilité de M. le professeur Gillmann de Wurzburg, la communication des textes d'Huguccio, dont nous ferons usage dans cette étude. Nous lui en exprimons tous nos remerciements.

technique, suivait le sujet pendant son absence du territoire pour lequel la loi était portée, et si le législateur particulier pouvait, par son statut, obliger l'étranger de passage sur son territoire. Toute la question se réduit à l'obligation de l'absent et de l'étranger relativement à la loi particulière d'un territoire et à la législation que le juge leur appliquera. C'est la question que nous voulons examiner.

II. *Les méthodes des canonistes dans cette question.*

La question de la personnalité ou de la territorialité des lois, entendue dans le sens que nous venons d'exposer, ne se pose pas exactement dans les mêmes termes dans les deux droits. En droit séculier, notamment en droit international privé, pour résoudre le problème, on peut sans doute recourir à des principes supérieurs de morale et de justice, qui peuvent servir de fondement à d'excellentes théories, mais il n'existe pas de pouvoir qui, par voie d'autorité, puisse, entre Etats souverains, trancher les questions. Il en est autrement en droit canonique: le Saint-Siège peut, par sa législation positive, déterminer le caractère personnel ou territorial des lois portées par ses subordonnés. Or, de fait, le *Corpus Iuris canonici* contient quelques textes généraux sur la matière: ils feront l'objet de cette étude. Mais l'autorité de ces textes, leur interprétation, leur portée ont été discutées. Le seul texte décisif, celui de la décrétale *Ut animarum*, du pape Boniface VIII (1298), décide uniquement que l'ignorance du statut peut être alléguée comme excuse et que l'absent n'est pas tenu des lois particulières de son territoire ¹⁾. Un vaste champ restait donc ouvert, même en droit canonique, à la recherche scientifique.

La méthode de cette recherche a varié dans le cours des siècles. Depuis le milieu du XII^e siècle, c'est dans les textes du droit canonique et du droit romain, que les canonistes cherchent la réponse au problème. Plus tard, on s'appuiera fréquemment sur la nature du pouvoir du législateur, que Boniface VIII avait déclaré être limité à son territoire, pour affirmer la territorialité des lois ²⁾. Mais de ce principe, la plupart des auteurs, nous

¹⁾ c. 2, *Ut animarum*, de constitutionibus, I, 2, in VI^o.

²⁾ Telle est la doctrine de Nicolas de Tudeschis, appelé Abbas Panormitanus ou Siculus ou aussi modernus († 1453). Après avoir rappelé la doctrine de Bartole, qui fait dépendre l'obligation de l'absent de la volonté du légis-

l'avons déjà dit, n'ont pas tiré toutes les conséquences. Ils ont été d'accord pour nier, en vertu du principe de la territorialité, l'obligation de l'absent: la décrétale de Boniface VIII était formelle en ce sens. Les rares dissidences qui se sont produites sont dues le plus souvent à l'influence des Postglossateurs ¹⁾. Mais la majorité des auteurs ont refusé de soumettre l'étranger aux lois particulières du territoire sur lequel celui-ci était de passage, cette fois en vertu de principe de la personnalité de la loi. Le pouvoir du législateur est limité quant au territoire mais, dans les limites du territoire, il ne s'étend qu'aux membres de la communauté, dont les étrangers ne font pas partie. Le droit est donc à la fois territorial et personnel. Toutefois, en cette matière, il y a eu une vive controverse: un assez grand nombre d'auteurs soumettaient les étrangers aux lois particulières et cela en vertu du principe de la territorialité des lois ²⁾.

Mais quelle que soit l'opinion qu'ils aient professée, tous les auteurs ont mis des restrictions et au principe de la territorialité et à celui de la personnalité des lois. Quelques-uns ont enseigné formellement la théorie des statuts, telle qu'elle a été proposée à l'époque moderne ³⁾.

Les théologiens et les canonistes, on le voit, ont suivi les errements de leur époque et, en philosophie du droit, leurs doctrines semblent bien surannées. Cependant, quelques-uns

lateur particulier, il ajoute: „Sed multi moderniores iuristae in L. finali, ff. de iurisdictione omnium iudicum, tenent oppositum, quod credo verius, ut nunquam delinquentes extra territorium afficiantur statuto, per rationem illius legis finalis et dictum caput Ut animarum, nam ratio illorum iurium est, quia extra iurisdictionem ius dicenti non paretur impune. Item quia statutum proprie est lex territorii, nec potest vires suas extendere extra territorium, quia videretur ibi legem dicere.” (ABBATIS PANORMITANI *Commentaria in quartum et quintum decretalium librum*, c. A nobis, 21, X, de sententia excommunicationis, V, 39, n. 12. Venetiis, 1621.)

¹⁾ Tels sont Marianus Socinus (1401—1467); Alexandre Tartagnus (1424—1477); Rochus Curtius (XV^e siècle); Henri Botteus († 1544).

²⁾ Voir surtout FRANÇOIS SUAREZ (1548—1617), *Tractatus de legibus*, Livre III, chap. 32 et 33. Antverpiae, 1613.

³⁾ Telle la *Theologia Wirceburgensis RR. Patrum Societatis Iesu*, t. III, de legibus, auctore IGNATIO NEUBAUER. S. I., Caput IV, articulus 4, § 2, n. 157—162. Editio altera, Lutetiae Parisiorum, 1852.

d'entre eux ont été des précurseurs des théories modernes. Un Espagnol, Ferdinand Castropalao (1581—1633) et un Belge, l'évêque d'Ypres, Guillaume Herinckx († 1678), ont soutenu que, par sa nature, la loi n'est pas territoriale, que rien ne s'oppose, en philosophie du droit, à admettre des lois personnelles, qui suivraient l'absent à l'étranger¹⁾; ils ont prélué à une doctrine qui compte aujourd'hui beaucoup de partisans parmi les auteurs de droit international privé: il ne faut pas confondre la loi avec le pouvoir de celui qui la fait exécuter; le pouvoir exécutif, judiciaire et coercitif est territorial, non parce que la loi est territoriale de sa nature, mais parce que l'exécution de la loi ne va pas sans disposer de la force publique, et qu'il ne peut y avoir deux forces publiques indépendantes l'une de l'autre agissant sur le même territoire²⁾.

Le nouveau Code de droit canonique contient des dispositions sur le caractère personnel ou territorial des lois, spécialement aux canons 8, § 2; 13; 14.

¹⁾ FERDINANDUS CASTROPALAO, *Opus morale*, t. I, Tractatus 3, Disputatio I, punctum 24, § 5, n. 21—22. Lugduni, 1656. GUILIELMUS HERINCKX, *Summa theologica scholastica et moralis*, t. II, tractatus 2, Disputatio III, Quaestio, XI, § 3 (Antverpiae, 1704—1717): „Cur vero etiam leges absolute ferri nequeant saltem a supremo principe, ut maneant affixae personis etiam independenter a territorio, hactenus non potui videre repugnantiam. Nam etiam qui sententiam seu praeceptum generale personis extra existentibus imponit, eis ius dicit, sicut qui iis legem imponeret. Neque ex alterutro capite labefactatur iurisdictio ordinarii, sed solum ex iurisditione contentiosa, quae fieret tribunalis institutione similive solemnitate. Idem novissime reperio traditum a Castropalao, ubi citat Salas.” L'espagnol Jean Salas (1553—1612) pose tout au moins les principes qui permettent de conclure à la possibilité de la loi personnelle. (*Tractatus de legibus* in I. II. S. Thomae, Quaestio XCVI, Tractatus XIV, Disputatio 14, sectio 4, 5 et 7. Lugduni, 1611).

²⁾ Voir A. PILLET, *Principes de droit international privé*, p. 131—132. Paris, 1903. — Cet auteur fait observer judicieusement comment la définition traditionnelle de la loi, en droit romain comme en droit canonique, ne fournit aucune indication sur le caractère personnel ou territorial de la loi; qu'elle attribue à la loi deux caractères inconciliables, si on se place au point de vue de l'absent et de l'étranger: la durée et la généralité. Si la loi est générale, elle doit obliger tous ceux qui se trouvent même momentanément dans le territoire; si elle est permanente, elle suivra l'absent à l'étranger. (*O. c.* p. 251.)

III. *En quels termes la question se posait au XII^e et au XIII^e siècle.*

Ces théories, comme d'ailleurs la terminologie elle-même de personnalité et de territorialité des lois, étaient inconnues au XII^e et au XIII^e siècle ¹⁾. La question se posait alors sous la forme la plus simple de l'obligation de l'étranger et de l'absent, et de la loi à appliquer par le tribunal.

L'obligation de l'étranger se posa la première, et de la même façon, pour les Décrétistes comme pour les Glossateurs du Droit romain de l'Ecole de Bologne. L'Italie avait un droit commun, le droit romain ou le droit lombard, comme l'Eglise avait une législation générale déjà assez développée. Les communes italiennes, Bologne, Pise, Mantoue et d'autres, disposaient d'un certain pouvoir législatif, comme aussi les évêques et d'autres autorités religieuses subordonnées: ils pouvaient établir des statuts, car c'est de ce nom que l'on désignait les lois particulières, civiles ou ecclésiastiques. Les Décrétistes rattachent la question de l'obligation de l'étranger à trois textes de saint Augustin, insérés par Gratien dans sa *Concordia discordantium canonum*: c. 2, *Quae contra*, D. VIII; c. 11, *Illa*, D. XII; c. 1. *Quisquis*, D. XLI. Les Glossateurs étudient la question à propos de la loi *Cunctos populos*, L. 1, C. de summa Trinitate et fide catholica, I, 1. La grande Glose d'Accurse disait en effet: „Quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet iudicari secundum statuta Mutinae, quibus non subest cum dicat [lex Cunctos populos]: quos nostrae clementiae regit imperium.” En même temps, la question se posa à un autre point de vue: quelle législation le juge doit-il appliquer? Les canonistes la rattachèrent aux canons 4 et 5 de la Distinction XII.

Une seconde question connexe fut bientôt soulevée: l'absent est-il lié par le statut de son propre territoire. Les canonistes rattachèrent la question à la décrétale *A nobis*, portée par Clément III en

¹⁾ Voir A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 104—115, Paris, 1888—1892. E. M. MEYERS, *Nieuwe bijdrage tot het ontstaan van het beginsel des realiteit*, dans *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1921, t. III, p. 61—93.

1193 et reprise dans les Décrétales de Grégoire IX, c. 21, X de *sententia excommunicationis*, V, 39.

Enfin, les controverses soulevées à ce sujet furent, en partie, résolues par la décrétale de Boniface VIII, *Ut animarum*, portée en 1298 et insérée dans le Sexte, c. 2, de *constitutionibus*, I, 2, in VI^o.

Notre exposé se trouvera divisé en trois parties: les textes de Gratien, la décrétale *A nobis*, la décrétale *Ut animarum*, et la doctrine de leurs commentateurs. Nous terminons cet essai par l'étude du canoniste italien Jean Andreae († 1348): il marque une étape dans l'histoire du droit canonique en général et dans celle de la controverse que nous étudions: s'il fait ressortir la portée de la décrétale *Ut animarum*, il n'entre pas encore dans les difficultés que celle-ci va soulever.

Cette étude ne sera peut-être pas sans intérêt et pour l'histoire du droit canonique et pour celle du droit en général: elle permettra de comparer les théories des civilistes avec celles des canonistes et de constater leur influence réciproque sur les deux droits. A l'école de Bologne, civilistes et canonistes s'appliquaient activement à l'étude des deux droits, canonique et romain. A l'école d'Orléans, il est vrai, des civilistes de grand renom, Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche, feignaient, tout au moins, d'ignorer le premier ¹⁾.

Jusqu'en ces derniers temps, la question des théories canoniques sur l'obligation des absents et des étrangers n'avait guère été traitée. Les auteurs qui écrivirent sur l'évolution du droit international privé n'ont pas, dans leur travaux, donné aux canonistes l'attention qu'ils méritent. Il en est ainsi notamment de Lainé ²⁾. La doctrine de Durantis le spéculateur a fait l'objet d'une monographie de Meili ³⁾. La courte étude historique et juridique de E. Pacelli a le mérite d'avoir posé la question de la territorialité et de la personnalité des lois, au moment où la Commission pontificale s'en occupait, en vue de la nouvelle codification du

¹⁾ Voir E. M. MEYERS, *De Universiteit van Orleans in de XIIIe eeuw*, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1921, t. II, p. 494—495.

²⁾ A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, 2 vol. Paris, 1888—1892.

³⁾ F. MEILI, *Ueber das historische Debüt der Doktrin des internationalen Privat- und Strafrechts*. Leipzig, 1899.

droit canonique et de l'avoir tirée de l'ornière où elle se trouvait, semble-t-il, définitivement enlisée¹⁾. Bien qu'il n'ait pas exposé la question, E. M. Meyers a plusieurs fois appelé l'attention sur le rôle des canonistes à l'origine du droit international privé²⁾. Récemment, l'exposé de la doctrine des canonistes jusqu'au milieu du XIII^e siècle a été faite de maîtresse façon par K. Neumeyer³⁾. Notre étude a été faite indépendamment de celle du savant professeur de Munich, et nous avait conduit à des conclusions très voisines des siennes. Nous avons été heureux de profiter de sa riche documentation et de ses sagaces interprétations pour la première partie de notre travail. Si nos points de vue sont quelque peu différents, c'est que nous nous sommes placés exclusivement au point de vue canonique et à celui de l'évolution ultérieure du droit de l'Eglise.

§ 1. LE DÉCRET DE GRATIEN ET L'OBLIGATION DE L'ÉTRANGER.

I. *Les textes du Décret de Gratien concernant les étrangers.*

Trois textes du Décret de Gratien, empruntés aux œuvres de saint Augustin, parlent de l'obligation de l'étranger d'observer les usages et les lois du territoire où il se trouve temporairement. Ce sont les seuls textes de droit canonique que la Glose ordinaire du Décret invoque en cette matière.

Le premier texte se trouve dans le canon *Quae contra* (c. 2, D. VIII). „Pour les délits contraires aux coutumes particulières, ils se doivent éviter selon la diversité des mœurs: le pacte social établi dans une cité, chez un peuple, par l'usage ou la loi, ne saurait être enfreint suivant le caprice d'un citoyen ou d'un

¹⁾ E. PACELLI, *La personalità e la territorialità delle leggi specialmente nel diritto canonico. Studio storico-giuridico*. Roma, 1912.

²⁾ E. M. MEYERS, *Bijdrage tot de geschiedenis van het internationaal privaatrecht en strafrecht in Frankrijk en de Nederlanden*. Haarlem 1914. *Nieuwe bijdrage tot het ontstaan van het beginsel der realiteit*, dans *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1921, t. III, p. 61—93. Nous remercions le savant professeur de Leiden des excellents renseignements qu'il nous a donnés pour cette étude.

³⁾ K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des Internationalen Privatrechts und Strafrechts bis Bartolus*. I. und II. Stuck, bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts. München 1891 et 1916.

étranger. Il y a difformité dans toute partie en désaccord avec son tout" ¹⁾).

Le sens de ce passage est clair: l'étranger doit se conformer aux lois et aux usages du territoire où il se trouve. On n'a pu en affaiblir la portée, qu'en invoquant des textes moins formels de saint Augustin. L'évêque d'Hippone semble avoir en vue une obligation juridique, plus qu'un simple devoir moral: l'obéissance est due en vertu du pacte social, ce pacte général d'où naît l'obligation d'obéir aux autorités ²⁾).

Dans un second texte, celui du canon *Illa* (c. 11, D. XII), saint Augustin distingue les traditions universelles de l'Eglise, qui doivent être observées par tous, et les observances particulières: „Il y a des choses qui changent selon les lieux et les contrées: c'est ainsi que les uns jeûnent le samedi, les autres non Les observances de ce genre vous laissent pleine liberté; et pour un chrétien grave et prudent, il n'y a rien de mieux à faire en pareil cas que de se conformer à la pratique de l'église où il se trouve. Ce qui n'est contraire ni à la foi ni aux bonnes mœurs doit être tenu pour indifférent et observé par égard pour ceux au milieu desquels on vit. Ma mère m'ayant suivi à Milan, y trouva que l'église n'y jeûnait pas le samedi: elle se troublait et ne savait pas ce qu'elle devait faire. Je consultai là dessus Ambroise, cet homme de très heureuse mémoire. Il me répondit: quand je suis à Rome, je jeûne le samedi; quand je suis ici, je ne jeûne pas. Faites de même: suivez l'usage de l'église où vous vous trouvez, si vous ne voulez pas scandaliser ou être scandalisé" ³⁾).

Le sens de ce texte a été discuté: saint Augustin entend-il imposer à l'étranger l'obéissance aux lois et usages particuliers? Il se borne, dit-on, à donner un conseil, il n'impose d'obligation,

¹⁾ Le texte est emprunté aux Confessions de saint Augustin, Livre III, chap. 8. Il se rencontre dans le Decretum d'Yves de Chartres, IV partie, Chap. 118 (MIGNE, *Patrologie latine*, t. CLXI, c. 305) et dans la Collectio trium partium attribuée à cet auteur, L. III, chap. 7, 18. Cfr E. FRIEDBERG, *Corpus Iuris canonici*, I, ad c. 2. D. VIII. Leipzig, 1879—1888.

²⁾ c. 2, D. VIII: „Generale quippe pactum est societatis humanae obedire regibus suis."

³⁾ Le texte est emprunté ad l'Epistola 54 S. Augustini ad Iannarium, n. 2.

que lorsque l'inobservation de la loi causerait du scandale. C'est l'explication proposée déjà par Huguccio de Ferrare et soutenue plus tard par beaucoup d'auteurs. Il est très vrai que saint Augustin invoque la raison du scandale, mais ne suppose-t-il pas qu'il y aura toujours scandale à ne pas se conformer aux usages particuliers de l'endroit où l'on se trouve? Conséquemment, ces usages ne seront-ils pas toujours obligatoires? Telle nous semble avoir été la doctrine de saint Augustin. Elle est la même que celle du canon *Quae contra*; seule la raison diffère. Le canon *Quae contra* invoque un motif juridique; le canon *Illa* une raison empruntée à la théologie morale: ici saint Augustin parle en théologien et moraliste. La valeur juridique du texte est beaucoup moins dans le motif de l'obligation, que dans l'affirmation même de celle-ci.

Le dernier texte, enfin, celui du canon *Quisquis* (c. 1, D. XLI) porte: „User des choses passagères avec plus de modération qu'on ne le fait habituellement autour de soi, c'est manquer de mesure ou agir par superstition [d'après le texte original de saint Augustin: c'est agir par sobriété ou par superstition]. Mais dépasser dans cet usage les bornes où se renferment habituellement les hommes vertueux, c'est une conduite qui est ou un mystère ou un crime”¹⁾.

Ce texte est bien vague et n'a qu'une portée morale. Aussi a-t-il eu beaucoup moins d'importance dans la controverse.

Ces textes appellent trois remarques préalables.

D'abord quelle est leur valeur juridique? Malgré la haute considération dont le Décret a joui dès son origine, l'œuvre de Gratien n'en était pas moins une compilation privée: elle n'avait pas force de loi. Sans doute, les documents qu'elle renferme, les „auctoritates”, gardent leur valeur propre, mais l'autorité de saint Augustin en matière de discipline ecclésiastique n'était pas telle, qu'elle excluait toute doctrine contraire. Sans même contester le sens des textes, on pouvait donc opposer des textes contraires empruntés au droit romain, le droit subsidiaire de l'Eglise, et ruiner

¹⁾ Le texte est emprunté à l'ouvrage de saint Augustin: *de doctrina christiana*, Livre III, Chap. 12, n. 18. Il se rencontre dans le *Decretum* d'Yves de Chartres, IV partie, chap. 24 et dans la *Panormia*, II partie, chap. 195. (MIGNE, *Patrologie latine*, t. CLXI, p. 267 et 1124.)

ainsi leur autorité. On n'a pas manqué de le faire, et cela bientôt après l'apparition du Décret.

Ensuite, on a toujours considéré les trois textes comme formant un tout: on leur a attribué la même signification et la même portée. Aussi, voyons-nous qu'Huguccio interprète le texte clair du canon *Quae contra*, par le texte plus obscur du canon *Illa*, et qu'il s'autorise de ce dernier, pour nier l'obligation des étrangers.

Enfin, on aura remarqué que les textes ne parlent que de l'obligation des étrangers. L'absent est-il donc délié des lois particulières de son propre territoire? Logiquement, si l'on admet l'obligation de l'étranger, il faudrait se prononcer pour l'affirmative, lorsque les deux législations sont inconciliables. Le jeûne, obligatoire le samedi à Rome pour un Romain, ne l'est plus lorsqu'il se trouve le samedi à Milan. Encore les anciens décrétistes admettent-ils des exceptions à cette règle. Mais nous ne connaissons, dans le Décret de Gratien, aucune disposition générale sur l'obligation de l'absent par rapport aux lois particulières de son territoire.

II. *La doctrine des auteurs sur l'obligation de l'étranger.*

Pendant la seconde moitié du XII^e siècle et pendant la première moitié du XIII^e, quatre doctrines différentes ont été proposées sur l'obligation des étrangers. Une première affirme l'obligation des étrangers en se basant sur les trois textes que nous venons de citer; une seconde la nie, en s'appuyant sur une interprétation tout autre du Décret de Gratien; une troisième la nie encore, mais en invoquant des textes contraires du droit romain; une quatrième enfin adopte une doctrine intermédiaire.

1. La doctrine affirmant l'obligation des étrangers se trouve chez les plus anciens commentateurs du Décret de Gratien ¹⁾,

¹⁾ Plusieurs des plus anciens décrétistes ne soulèvent pas la question, tels Paucapalea (*Die Summa des Paucapalea über das Decretum Gratiani*, ed. J. F. VON SCHULTE. Giessen, 1890), Rolandus Bandinellus (*Die Summa magistri Rolandi, nachmals Papstes Alexander III*, ed. THANER. Innsbruck, 1874), la *Rhetorica ecclesiastica*, écrit d'un auteur inconnu (1160—1180), qui se borne à reproduire le texte de Gratien (*Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im*

Rufin, Jean de Faenza, Simon de Bisiniano et dans deux textes de la Glose ordinaire, du Décret. Rufin (vers 1157) suppose, plutôt qu'il n'affirme l'obligation de l'étranger, puisqu'il indique les cas où le principe n'est pas applicable: un vœu, une règle de monastère, d'autres lois du même genre ¹⁾. La Summa de Jean de Faenza (vers 1171), ici comme souvent ailleurs, reproduit la doctrine de Rufin ²⁾. Simon de Bisiniano (vers 1171) affirme simplement l'obligation de l'étranger ³⁾. Il en est de même de deux textes de la Glose ordinaire du Décret de Gratien ⁴⁾.

Mittelalter, ed. L. WARHMUND, I, 4, p. 38. Innsbruck, 1906), Etienne de Tournai (*Die Summa des Stephanus Tornacensis über das Decretum Gratiani*, ed. J. F. VON SCHULTE. Giessen, 1891). Au témoignage de K. NEUMEYER, il en est de même de la Summa Coloniensis Decreti (vers 1170). (*Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 124.). Un grand nombre d'ouvrages de cette époque sont encore inédits. K. NEUMEYER en reproduit de nombreux extraits, *o. c. t.* II, p. 110—123. Grâce à l'extrême obligeance du R. P. DE GHELLINCK, bibliothécaire et professeur au Collège théologique de la Compagnie de Jésus à Louvain nous avons pu examiner des photographies de la Summa Lipsiensis ou Summa de Jean Hispanus (Bibliothèque de l'université de Leipzig, n. 986), la Summa de Simon de Bisiniano (Bibliothèque de Bamberg, can. 38 (P. II, 20) et de Jean de Faenza (Codex latinus Monacensis, 3873). Nous lui en exprimons nos très vifs remerciements.

¹⁾ *Die Summa decretorum des Magister Rufinus*, ed. H. SINGER, p. 22. Paderborn, 1902.

²⁾ „Quae contra mores sunt, etc. usque turpis est enim pars universo suo non congruens [Canon Quae contra, 2, D. VIII]: toto, scilicet maiori parti non conveniens; in his intelligas quae spectant ad mores rationem non oberiantes [sic; ex Rufino: rationi non obviantes] et nisi ille qui non vult congruere spirituali [Rufin: speciali] lege ut [Rufin: voti vel] ordinis et his similium teneatur.” (Codex latinus Monacensis, 3873, fol. 4v, 2 colonne.)

³⁾ „Quae contra mores, etc. usque universo non congruens. Argumentum potest hinc colligi quod peregrinus tenetur sequi constitutiones civitatis in qua manet, scilicet per principum capitula, et quod monachus factus episcopus conformabit se eis in victu et habitu cum quibus vivit, ut ibi: universo, et infra D. XLI, Quisquis (canon 1).” (Manuscrit de Bamberg, can. 38 (P. II, 20) fol. 2v, 2 colonne.) Ce texte a été ajouté postérieurement, mais il n'y a pas lieu de douter de son authenticité parce que, sans cette ajoute, le texte du manuscrit serait incorrect. Le premier copiste aura omis un passage, qu'un second copiste a suppléé.

⁴⁾ Glose au canon Illa, 11, D. XII, Verbo Societate: „Argumentum quod quilibet tenetur vivere secundum consuetudinem illorum inter quos versatur, ut supra, VIII D. Quae contra (canon 2) et XLI D. Quisquis (canon 1). Unde versus: Si fueris Romae, Romano vivito more, et si fueris alibi, vivito sicut

Une autre glose très ancienne, qui n'a pas été reprise dans la Glose ordinaire, est dans le même sens: elle émane du Cardinalis et remonte aux années 1160 et suivantes. Elle répond à l'argument qu'un autre glossateur inconnu avait tiré de la loi 19, Heres absens, D. V, 1, pour soutenir que l'étranger n'est pas tenu de la loi particulière: celui qui est de passage sur un territoire, n'est pas tenu de répondre de son contrat devant le juge de ce lieu. Le Cardinalis fait observer, et son interprétation est très juste, que la loi Heres absens n'a trait qu'à la compétence du juge, tandis que le canon Illa parle de la coutume à suivre ¹⁾.

2. Bien différente est la doctrine d'Huguccio, évêque de Ferrare, dans la Summa qu'il écrivit vers 1187. L'étranger n'est pas tenu des lois particulières du territoire où il se trouve passagèrement. En faveur de sa théorie, il invoque les trois textes du Décret de Gratien, dont il expose la doctrine comme suit: saint Augustin se borne à donner à l'étranger le conseil de se conformer aux usages et aux lois particulières; leur observation ne devient obligatoire que si l'étranger se fixe à demeure dans le territoire où il est arrivé comme étranger, ou bien si, en ne se conformant pas aux lois et usages reçus, il donnait le scandale: „Consilium est, vel fit praeceptum duobus modis: serva, si aliter faciendo parias scandalum... vel serva, si veneris causa perpetuo inhabitandi.” C'est dans ce sens qu'il interprète le canon Illa; c'est dans ce sens qu'il faut, dit-il, entendre le canon Quae contra. La première exception qu'il pose à son principe n'en est pas une. Le domicile est très généralement considéré comme le fondement par excellence de l'obligation du statut particulier. La seconde exception, la raison du scandale, ne présente pas un caractère

ibi.” — Glose au canon Quisquis, 1, D. XLI, Verbo Quisquis: „Nota quod quilibet se conformabit sociis suis in cibo et in moribus, ut D. VIII, Quae contra (canon 2) et XII, Illa (canon 11).” (*Decretum Gratiani cum Glossa*. Venetiis, 1572.)

¹⁾ Distinction XII, canon 11 (Illa) V^o veneris: „Argumentum quod viatores tenentur sequi consuetudinem loci ad quem veniunt, ut hic et Supra, Distinctione VIII, can. 2. Argumentum contra D. V (de iudiciis), 1, L. 19 (Heres absens).” D'une autre main: „Solutio haec loquitur de consuetudine, illa de foro. C [ardinalis].” Manuscrit de Prague, Museum regni Bohemici, XVII A. 12 (I B I), dans K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 110 I, a. Cfr Ibidem, p. 125.

juridique mais exclusivement moral. C'est la loi morale, ce n'est point le droit que interdit le scandale ¹⁾).

¹⁾ Summa de Huguccio, ad can. 2, D. VIII, Verbo Peregrini: „Argumentum quod peregrini et scolares debent vivere et iudicari secundum consuetudinem civitatis, in qua inveniuntur. Quod verum est, si volunt habitare vel timetur scandalum. Argumentum D. XII, Illa (can. 11) et D. XLI, cap. 1. „(Codex vaticanus 2280, f. 8^r, colonne 1; Codex latinus Monacensis 10247, fol. 7^v col. 2.) — Ad can. 11, D. XII.” In hoc capitulo dicitur, quod illa que non sunt scripta et generaliter tamen observantur ab ecclesia, credendum est esse statuta ab apostolis vel conciliis. Talia generaliter ab omnibus servanda sunt, alia vero, que non generaliter observantur ab omnibus, sicut sunt particulares consuetudines, liberam habent observantiam quoad alios qui non inhabitant locum illum, in quo statuta est talis consuetudo, nisi non observando generetur scandalum aliis, et hoc ostenditur exemplo matris Augustini, cui consuluit beatus Ambrosius, ut consuetudinem Romanorum de ieiunando sabbato non observaret Mediolani, ubi non est consuetudo de tali ieiunio.... Liberas: quantum ad extraneos. Particularis enim consuetudo necessariam habet observantiam quoad illos apud quos obtinet, set quoad extraneos habet liberam, sive alibi sint sive illuc veniant, nisi veniant moraturi, vel nisi non observando generent scandalum habendum, quoad extraneos, non quoad illos apud quos obtinet illa consuetudo. Indifferenter: id est pro indifferenti, scilicet ut libere possit observari vel non observari. Et tamen pro eorum inter quos vivunt: ipsi extranei ad tempus. Servandum: ab extraneis, si non observando [scandalum] generatur, vel loquitur de consilio et persuasionem et est argumentum quod aliquis debet vivere secundum eos inter quos habitat. Argumentum. D. VIII, Que contra, et D. XLI, Quisquis. Fluctuare: scilicet an deberet die sabbati non ieiunare, sicut Mediolanenses faciebant, an ieiunare, sicut faciunt Romani. Ieiuno sabbato: conformans me consuetudini Romanorum, ad quod tamen non tenebatur, nisi aliter faciendo scandalum pareret. Eius morem: nisi votum vel praeceptum prelati vel patroni tui te secus observare compellat. Serva: Consilium est, vel fit preceptum duobus modis: serva, si aliter faciendo parias scandalum, inde sequitur: si cuiquam, etc.; vel serva, si veneris causa perpetuo inhabitandi. Argumentum quod si quis de una ecclesia transit ad aliam ecclesiam, et in officiis et in aliis debet sequi consuetudinem illius ecclesiae, ad quam transit. Item argumentum, quod si quis clericus de orientali ecclesia transeat ad occidentalem vel econverso, illius ad quam transit consuetudinem debet observare in continentia, quod non usquequaque est verum, si est in maioribus ordinibus. Item est argumentum quod non debet quis discrepare a generali consuetudine eorum inter quos vivit. Debent ergo scolares vivere secundum consuetudinem regionis in qua degunt. Argumentum D. VIII, Que contra et D. XLI, Quisquis. Scandalum: Argumentum quod propter scandalum multa debent fieri vel omitti. Argumentum D. L, De his vero, et D. LXI, In sacerdotibus, et D. LXXXII, Presbiter.” (Cod. Vaticanus cit. fol. 11^v, col. 2; Codex latinus Monacensis, fol. 11^v, col. 1.) -- Ad can. 1, Quisquis, D. XLI. Verbo Quisquis:

Cette doctrine a été reproduite par Guy de Baysio, appelé communément l'Archidiaque, dans la vaste compilation qu'il a faite des gloses sur le Décret de Gratien dans son Commentaire ou Rosarium du Décret composé entre 1296 et 1302 ¹⁾. Peut-être peut-on aussi invoquer en faveur de l'exemption de l'étranger une très ancienne glose citée par K. Neumeyer: „Haec (consuetudo particularis) servari potest prout cuique visum fuerit secundum mores cum quibus conversantur, ut infra, eadem Distinctione c. 8, in fine et Distinctione XII, c. 11" ²⁾.

3. Une troisième doctrine, que nous trouvons dans la Glose ordinaire du Décret et que nous pouvons attribuer à Jean Teutonicus ou Zemeca, mais qui cependant s'inspire de gloses antérieures ³⁾, n'admet pas l'obligation de l'étranger, mais pour des

„Primo ostendit quod debet unusquisque uti cibo pro moribus eorum inter quos conversatur. Unde et locus et tempus, in quo est, et persone, cum quibus conversatur diligenter ab eo sunt attendenda, in utendo cibus.... Rebus pretereuntibus: scilicet mundanis, caducis et transitoriis nec in eodem statu permanentibus. Restrictius: id est parcius et minus. Cum quibus vivit: Argumentum quod quisque debet se conformare in cibus et in aliis moribus eorum cum quibus vivit. Argumentum D. VIII, Que contra et D. XII, Illa. Hoc intellige de illis qui speciali voto abstinentiae non tenentur. Nam secus est si speciali voto vel regula teneantur ad ieiunandum vel ad alia cibaria, ut monaci et huiusmodi, ut de Consecratione, D. V, Carnem." (Codex vaticanus cit. fol. 41v, col. 1.) Ces textes nous ont été très aimablement communiqués par M. le professeur Gillmann de Wurzburg.

¹⁾ Rosarium Domini Guidonis archydiaconi Bononie super Decreto (Incunable, sans lieu ni date), canon Illa, 11, D. XII, Verbo Serva: „Consilium est, vel si non sit, preceptum duobus modis exponitur. Serva, si aliter faciendo paries scandalum. Unde sequitur: Si cuique, etc. Vel serva, si veneris causa perpetuo inhabitandi, et dic: eius morem serva, nisi votum vel preceptum prelati vel patroni te secus observare compellat. Secundum Huguccionem."

²⁾ K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 110, I b.

³⁾ Glose reprise d'une autre glose très ancienne indiquée ci-dessus, p. 289, note 1, au canon Quae contra, Verbo Peregrini: „Numquid ergo peregrini et scolares tenentur sequi consuetudinem illorum inter quos commorantur? Argumentum videtur hic quod sic et XII D. Illa, et XLI D. c. 1 (Quisquis). Argumentum contra, quia viatores non sortiuntur forum illius loci per quem transeunt, ut ff. de iudiciis, l. Heres, § 2 (L. 19, D. V, 1). Et est argumentum quod soli perpetuo habitantes obligantur legi civitatis, ut ff. de pignoribus, l. Debitor (L. 32, D. XX, 1). — Nous attribuons cette glose à Jean Teutonicus ou Zemeca, l'auteur de la Glose ordinaire du Décret. Celle-ci ne fut terminée qu'après 1215. (F. GILLMANN, *Zur Lehre der Scholastik vom Spender der Firmung*, Anhang, pp.

motifs bien différents de ceux que Huguccio a allégués. Ils sont empruntés au droit romain : la loi *Heres absens* (L. 19, § 2. D. de iudiciis ubi quisque agere vel conveniri debeat, V, 1) et la loi *Debitor* (L. 32, D. de pignoribus et hypothecis et qualiter la contrahantur et de pactis eorum, XX, 1). D'après la loi *Heres absens*, celui qui ne fait que passer par un lieu, ne relève pas du juge de ce lieu, à raison du contrat qu'il y a conclu. D'après la loi *Debitor*, le gage accordé sur un fonds ne porte que sur l'intendant et les esclaves attachés au fonds d'une manière permanente, nullement sur ceux qui n'y sont attachés que d'une manière provisoire. Ces dispositions semblent n'avoir aucun rapport avec la question de l'obligation de l'étranger. La loi *Heres absens* détermine une règle de compétence judiciaire et l'on cherche vainement le rapport que la loi *Debitor* peut avoir avec la question. En eux-mêmes, les arguments sont sans valeur. Mais, le fait est trop connu des historiens du droit international privé pour qu'il faille y insister, les légistes, qui faisaient de l'étude du droit romain leur principale étude, qui appuyaient les règles qu'ils proposaient sur des textes des lois romaines, s'appliquèrent à déduire des principes admis des doctrines nouvelles. Ils s'imaginèrent que le *Corpus iuris civilis* contenait tout et ne pouvait faire défaut à qui le scrutait bien. Pour établir leurs théories, ils recherchèrent dans le droit romain des règles qu'ils pouvaient difficilement y trouver, ils eurent recours à des analogies souvent fort peu justifiées¹). Les canonistes n'échappèrent pas à cette méprise. En matière d'obligation des étrangers et des absents, ils se servent d'un procédé identique, qui passa dans le *Corpus iuris canonici*, dans la décrétale de Boniface VIII, *Ut animarum*. Celui-ci invoque la loi *Extra territorium* (L. 20, D. de iurisdictione, II, 1).

4. Une dernière glose du Décret de Gratien, de date plus récente,

184 et ss. Paderborn, 1920.) D'autre part Guillaume Durantis affirme que Jean Teutonicus n'admettait pas l'obligation de l'étranger (*Speculum domini Guilelmi Durandi cum additionibus Ioannis Andreae et Baldi*, Liber IV, particula 1, de constitutionibus, § Constitutiones, versiculo: *Alie vero constitutiones*, t. III, p. 76. Francofurti, 1592. K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, pp. 110 et 116 attribue également cette glose à Jean Teutonicus, sur la foi des manuscrits de la Glose.

¹) A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 108—109.

propose une doctrine intermédiaire, qui se rapproche des deux précédentes. Elle s'inspire de doctrines courantes à l'époque où le glossateur écrivait¹⁾. Nous croyons pouvoir interpréter comme suit le texte qui n'est pas sans quelque obscurité. L'auteur répond à l'objection contre l'obligation de l'étranger, tirée du droit romain, de la loi *Heres absens*, dont nous avons parlé. Le canon *Quae contra*, entendu en partie comme Huguccio l'a expliqué, donne la solution: il n'y a d'obligation pour l'étranger, que s'il prolonge son séjour sur un territoire qui n'est pas le sien, s'il y contracte un nouveau domicile. D'autre part, le glossateur semble se rallier à une doctrine courante au XIII^e siècle: l'étranger est tenu de la loi ou de la coutume particulière d'une manière indirecte, à raison du délit qu'il commet. Mais il pourra alléguer l'excuse de l'ignorance, si la coutume qu'il a violée n'est pas notoire.

Nous pouvons conclure: au début du XIII^e siècle, la doctrine qui soumet l'étranger aux lois particulières du territoire où il est de passage, est pour ainsi dire complètement abandonnée²⁾. L'explication donnée par Huguccio des textes du Décret de Gratien jouira plus tard³⁾ d'un crédit assez considérable. Mais, au XIII^e siècle, les textes du droit romain auront une influence prépondé-

¹⁾ Canon *Illa*, 11, D. XII, *Verbo veneris*: „Argumentum quod viatores tenentur sequi consuetudinem loci ad quem veniunt, et hic et supra, D. VIII, *Quae contra* (canon 2). Argumentum contra ff. de iudiciis, L. *Haeres absens* (L. 19, D. V, 1). Solutio est in dicto capite *Quae contra*, quia refert utrum sint moraturi vel cito recessuri, vel an sit consuetudo apparens vel latens.” K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 113, fait observer, sur la foi des manuscrits, que la première partie de cette glose est de Jean Teutonicus, mais que la seconde partie: Solutio, etc. est postérieure et à cet auteur et aussi à Barthélemy de Brescia.

²⁾ A première vue, cette doctrine paraît être combattue par la *Summa Bambergensis* (vers 1200—1210): Distinction VIII, can. 2: „Quia peregrini vivere debent secundum consuetudinem loci ad quem deveniunt, D. XXI, 2, L. 6. Ibi dicitur quod cavendum est de evictione per consuetudinum loci in quo contrahitur” (Bibliothèque de Bamberg, Ms. can. 42, P. II, 14). cité par K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 114. Mais il semble résulter du texte de droit romain qui est allégué, la lex *Si fundus*, de evictionibus, qu'il ne s'agit que de l'obligation ratione contractus. Cfr NEUMEYER, *l. c.* p. 125.

³⁾ Voir à titre d'exemple: THOMAS SANCHEZ, *De sancto matrimonio*, L. III, Disputatio 18. Lugduni 1637. LEONARDUS LESSIUS, *De iustitia et iure*, L. IV, de temperantia, caput 2, dubium 7. Lovanii 1605. PAULUS LAYMAN, *Theologia*

rante. Néanmoins on aura recours aux textes de Gratien, pour établir, dans des cas particuliers, l'obligation de l'étranger.

III. *La Lex Fori et la consuetudo litigantium.*

1. Nous devons signaler une application spéciale qu'ont faite du canon *Illa* certains auteurs: Jean de Faenza ¹⁾, peut-être Huguccio de Ferrare ²⁾ qui cependant préfère l'opinion contraire et la *Summa anonyma Decreti* (1179—1187) ³⁾: dans les procès, le juge est toujours tenu d'appliquer sa propre loi, la „lex fori”. Un tribunal ne peut juger d'après une législation étrangère. Il importe de signaler cette théorie, bien qu'on ne la rencontre plus chez les auteurs de la fin du moyen âge ou de l'époque moderne, parce que les auteurs du XIII^e

moralis L. I, Tractatus 4, caput 12, n. 4. Monachii, 1630. LUDOVICUS ENGEL, Collegium universi iuris canonici, L. I, titre 2, n. 28 et ss. Salisburgi, 1693. FRANCISCUS SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, L. I, titre 2, n. 41 et ss. Romae, 1843. PLACIDUS BÖCKHN, *Commentarius in ius canonicum universum*, L. I, titre 2, n. 51 et ss. Salisburgi, 1776.

¹⁾ Une Glose signée Io[annes de Faventinis], répond à une autre glose qui prétend que le juge doit suivre la loi des parties: „Infra, Distinctione eadem (XII), c. 11 (*Illa*) argumentum contra. Cfr K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 110, I, c.

²⁾ Huguccio, Dist. XII, can. 4, Verbo contrario: „Hic videtur colligi quod secundum consuetudinem litigantium sit indicandum, licet causa sit delegata iudici aliis consuetudinibus utunti. Et quidem, sive sit iudex delegatus sive alius, iudicare debet secundum ius commune. Si vero deficiat ius commune, ita quod oporteat eum iudicare secundum consuetudinem, videtur quod debeat iudicare secundum suam consuetudinem. Argumentum infra, Eodem (D. XII), c. 11, nisi expressum sit quod debeat iudicare secundum consuetudinem litigantium vel alterius eorum. Alii aliter distinguunt.” (Codex latinus Monacensis 10247, fol. 11, 1 col.) Cfr NEUMEYER, *l. c.* p. 113 et p. 127, et ci-dessus, p. 290, note 1.

³⁾ *Summa anonyma Decreti*, Distinctione XII, can. 3: „Quod secundum consuetudinem regionis indicandum sit, si canon non obviat, hic colligitur. Si ergo delegatus fuerit aliquis, secundum litigantis consuetudinem debet iudicare. Contraria tamen ratio invenitur Infra, Distinctione eadem (XII), c. 11.... Videtur tamen sine causa [Ms.: non sine causa], quod ex hoc capitulo (c. 3, D. XII) colligitur an sit indicandum secundum consuetudinem litigantis vel non. Nil enim hic aliud continetur, nisi quod pro loco et tempore diversae consuetudines sunt observandae, si illis non resistit auctoritas canonica. Videtur ergo quod illi rationi standum sit, quae contrarium inducit, ut Infra, Distinctione eadem, c. 11.” (Bibliothèque de Bamberg, Ms. can. 17 (P I 11) fol. 75 b, dans K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 112).

siècle, notamment Innocent IV et Durantis, y font souvent allusion.

Cette solution ne présente pas d'inconvénients, lorsque le juge et les parties suivent la même loi, comme c'est le cas ordinaire: „Si iudices fuerint ordinarii, quia eadem est consuetudo litigantium et iudicium, secundum eorum consuetudinem est iudicandum” dit Jean Hispanus ¹⁾. Mais bien souvent, en droit canonique, l'application de la *lex fori* aurait donné des solutions fort peu équitables, sinon injustes. L'usage des délégations par le juge ordinaire et surtout par le Souverain Pontife était fréquent; les parties devaient parfois se présenter devant un tribunal qui n'était pas celui de leur domicile; elles pouvaient volontairement soumettre leur litige à un juge étranger; la *lex fori* du tribunal d'appel pouvait être différente de celle du juge de première instance.

La généralité des auteurs ont combattu la doctrine de la *lex fori*; ils rattachent la question aux canons 3 et 4 de la Distinction XII: les coutumes particulières, qui varient d'après les lieux et les époques, doivent être observées, „si illis canonica non obstat auctoritas”; on ne peut s'y opposer du chef qu'ailleurs d'autres coutumes sont en usage. Ces canons prescrivent le respect des usages locaux: „Nil enim hic aliud continetur, dit la *Summa anonyma*, nisi quod pro loco et tempore diversae consuetudines sunt observandae, si illis non resistit auctoritas canonica”. On en a conclu que le juge doit suivre la loi des parties, même si elle n'est pas conforme à celle de son tribunal. Mais cette théorie n'a pas été admise, dès l'abord, sans restrictions.

Une première restriction concerne le juge librement élu par les parties: en se soumettant à la décision de celui-ci, les parties ont renoncé à leur législation propre. Cette doctrine est proposée dans une ancienne glose ²⁾; la *Summa anonyma* affirme que le

¹⁾ *Summa Decreti Lipsiensis*, Ms. 986, fol. 9. Cfr. K. NEUMEYER, *l. c.* p. 112.

²⁾ Glose, Distinction XII, can. 4: „Refert utrum sponte se alieno foro et iurisdictioni subiiciunt, an inviti scilicet per delegationem transferantur. Cum delegantur, tunc iudex, quia alterius iudicis vicem gerens, non suas, sed delegantis vel litigantium consuetudines sequitur, quasi in alieno foro resideret. Cum autem sponte se subiiciunt, tunc non alterius vicem gerens, secundum sui fori consuetudines iudicet (et si contra litigantium consuetudines iudicatum fuerit), sibi imputent, quia eum elegerunt. Si vero secundum litigantium consuetudines iudicandum est, quia actor forum rei sequitur, rei consuetudines attendant”. (K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 111, I, d.)

principe est couramment appliqué ¹⁾; Jean Hispanus l'admet ²⁾ et Huguccio ne la rejette pas ³⁾. Mais cette doctrine est combattue par la *Summa Bambergensis*: le juge et l'arbitre doivent décider conformément à la loi des parties: „Nos autem dicimus quod quilibet iudex et etiam arbiter debet iudicare secundum consuetudinem partium, quia arbiter iudex imaginarius est et hodie arbitria sunt redacta ad instar iudiciorum D. IV, 8. L. 1. ⁴⁾ Igitur in arbitrio eodem modo iudicandum est sicut in iudicio. Sed de iudice constat quod debet iudicare secundum consuetudinem partium, sicut probatum est. Et sciendum quod, si arbiter iudicat secundum suam consuetudinem, peccat quidem, sed sententiae eius, sive aequa sive iniqua sit, [standum est], et ita intelligo legem illam D. IV, 8, L. 27, § 2 ⁵⁾. Imputent enim sibi qui talem elegerunt. Posset tamen dici quod, si etiam arbiter iudicet contra ius, non valet ipso iure” ⁶⁾.

Une seconde restriction concerne les juges délégués: des auteurs soutiennent que ceux-ci doivent suivre la loi de l'autorité qui les a délégués. Ce sera donc très souvent la loi des parties elles-mêmes, mais il n'en est pas toujours ainsi. Le juge délégué, dit une ancienne glose ⁷⁾, parce qu'il remplace un autre juge, ne pourra

¹⁾ „Tali utimur distinctione: asserentes multum referre, an causa sit alicui delegata, an utraque parte praesente et consentiente in aliquem sit commissum, quia hoc ultimo casu, quia videtur uterque foro suo renunciare, secundum consuetudinem iudicis causa est terminanda”. (K. NEUMEYER, *o. c.* p. 112.)

²⁾ „Item si fuerint iudices compromissarii, secundum eorum consuetudinem est iudicandum, quia videntur partes foro suo renunciassse”. (K. NEUMEYER, *o. c.* p. 112.)

³⁾ „Alii aliter distinguunt: si litigatores sponte se subiiciunt foro alieni iudicis, sive debeat ille residere tamquam arbiter sive tamquam ordinarius, debet iudicare secundum suas consuetudines, et si fuerit iudicatum contra consuetudines litigantium vel alterius eorum, sibi imputent quia talem elegerunt. (Codex latinus Monacensis, 10243, fol. 11, col. 1). Cfr. K. NEUMEYER, *o. c.* p. 113.

⁴⁾ „Compromissum ad modum iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet”.

⁵⁾ „Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit, et sibi imputet qui compromisit, nam et divi Pii rescripto adicitur „vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet”.

⁶⁾ *Summa Bambergensis*, Distinction XII, can. 4, dans K. NEUMEYER, *o. c.* p. 115, d'après le Ms. de Bamberg, can. 42 (P II 15).

⁷⁾ Voir ci-dessus, p. 295, note 2. — La raison qu'elle allègue se trouve

pas suivre sa propre loi, mais devra suivre celle du juge qui l'a délégué ou celle des parties au procès. Mais cette doctrine a contre elle ceux qui pensent soit que le juge doit toujours appliquer son propre droit, soit que la loi des parties doit prévaloir. Pour les jugements de première instance, elle peut invoquer l'autorité de Jean Teutonicus, dans la Glose ordinaire du Décret¹⁾. Encore s'agit-il d'un juge librement choisi, puisqu'il est accordé par rescrit pontifical. On doit cependant conclure, de l'instance que mettent les auteurs à signaler cette doctrine, qu'elle jouissait d'une certaine autorité.

Il reste donc que le juge devra suivre la loi des parties. La raison fondamentale est donnée par la *Summa Bambergensis*, Distinction XII, can. 4: „Argumentum quod iudex debet iudicare secundum consuetudinem litigantium, et hoc potest probari. Esto enim quod iudex debeat iudicare secundum suam consuetudinem, et sic iudicet, et appelletur ab eo, et item iudex superior iudicabit secundum suam consuetudinem, quae forte contraria consuetudini inferioris iudicis: ponatur ita: ergo retractabit sententiam iuste latam a priore iudice, quod absurdum est. Restat ergo quod non debet iudicare secundum suam consuetudinem, sed secundum consuetudinem litigantium, quod concessimus. Et si appelletur ab eo, iudex superior similiter iudicabit secundum consuetudinem litigantium”²⁾.

Mais si la loi du demandeur et du défendeur est différente, l'opinion commune admet qu'il faut suivre la loi du défendeur: „Si vero secundum litigantium consuetudines iudicandum est, quia actor forum rei sequitur, rei consuetudines attendant” dit une ancienne glose³⁾. „Si fuerint contraria consuetudo actoris [et] consuetudo rei, quia favorabiliores sunt rei quam actores, secundum rei consuetudinem debet iudicari” déclare Jean Hispanus⁴⁾.

dans le c. Sane, 11, X, de officio et potestate iudicis delegati, I, 29 (Compilatio I, c. 16, I, 21): „Iudex a nobis delegatus vices nostras gerit.”

¹⁾ Distinction XII, can. 4, V^o contrario modo „Sed si sine appellatione impetretur iudex (delegatus a papa), tunc tenetur sequi consuetudinem delegantis. Argumentum ad hoc ff. de conditionibus et demonstrationibus, Quae conditio, in fine (L. 39, D. XXXV, 1). Cfr K. NEUMEYER, *o. c.* p. 118.

²⁾ Voir K. NEUMEYER, *o. c.*, p. 114.

³⁾ Distinction XII, can. 4. dans K. NEUMEYER, *o. c.*, p. 111.

⁴⁾ K. NEUMEYER, *o. c.*, p. 113.

Huguccio reprend les deux raisons déjà alléguées, mais y ajoute une restriction basée sur l'équité: „Quid si circa articulum de quo agitur, diversae sunt consuetudines actoris vel rei? Sequitur tunc (iudex) consuetudinem rei, quia reus favorabilior est actore, et quia actor forum rei sequi debet ut Causa 11, Quaestione 1, cap. 15. Sequitur, dico, nisi in duobus casibus, scilicet si consuetudo actoris magis videtur consona veritati, vel si magis inducit absolutionem quam condemnationem. Tunc enim debemus inspicere quod magis consonat veritati negotii, ut C. 3, Quaestione 7, c. 4 et Causa 4, Quaestione 3, c. 3, et proniores debemus esse ad absolvendum quam ad condemnandum, ut Causa 35, Quaestione 9, c. 5 et de Poenitentia, Distinctione I, c. 73”¹⁾. Le même principe est affirmé par la Glose ordinaire de Jean Teutonicus: „Item videtur quod secundum consuetudinem rei sit iudicandum, tum quia actor semper sequitur forum rei ut Causa 11, Quaestione I, c. 15, tum quia favorabiliores sunt rei”²⁾.

2. La doctrine canonique avait déjà réalisé un progrès considérable en déterminant que le juge est tenu d'appliquer la loi des parties. Mais ce principe laisse en suspens la question capitale pour nous: quelle est cette loi pour l'étranger? Le principe général demeure: l'étranger n'est pas tenu du statut particulier; mais lui-même n'est plus admis sans restrictions en matière de contrat et en matière de délit. Quelques auteurs énoncent la double restriction et Bernard Compostellanus iunior (1245—1254) viendra nous dire que parler du droit des parties n'est souvent pas juridique: „Item quod quidam dicunt litigantium et maxime rei consuetudinem observandam, quoad multum iuri non est consonum”. Il déterminera d'une manière bien plus précise le droit à appliquer, en même temps qu'il critiquera les théories que l'on a émises sur le droit à suivre par le juge d'appel et le juge délégué.

Le principe, que dans les contrats on doit suivre la loi de l'endroit où ils ont été conclus, est clairement énoncé par Bernard de Pavie, dans son commentaire sur la *Compilatio Prima*: „Si

¹⁾ Distinction XII, can. 4. — Voir K. NEUMEYER, *o. c.*, p. 113. — Le passage est repris par l'Archidiaconus, dans son *Rosarium*, Distinction XII, can. 4, V^o Consuetudinem. Celui-ci attribue la même doctrine à Laurentius (1210—1212).

²⁾ Distinction XII, can. 4, V^o Contrario modo.

tamen alia consuetudo sit in patria iudicis, alia in patria litigantium, distinguitur utrum sit habitus inter litigantes contractus in patria iudicis an in patria eorum. Porro, si in patria iudicis, secundum consuetudinem iudicis est iudicandum, ut argumentum Distinctione VIII, c. 2. Si vero in patria litigantium est habitus contractus et alibi (*alibi*) causa tractatur, secundum consuetudinem litigantium est iudicandum. Argumentum Causa 11, Quaestione 3, c. 60 et Distinctione XII, c. 4 et 11 in fine ¹⁾). La même théorie se trouve dans la *Summa Bambergensis* ²⁾ et dans les additions de Barthélemy de Brescia, à la Glose ordinaire du Décret ³⁾. Enfin, ces deux derniers auteurs assimilent les délits aux contrats.

C'est le mérite de Bernard Compostellanus iunior d'avoir ouvert une voie nouvelle dans la matière du droit à appliquer. Bien qu'il ait commenté les Décrétales de Grégoire IX, nous en parlons ici, parce qu'il reprend toute la controverse sur la loi que le juge devra appliquer et qu'il marque une étape décisive en cette matière. Il applique les principes d'une manière entièrement nouvelle. Qu'il s'agisse de juge d'appel ou de juge délégué, dit-il, la loi à appliquer ne variera guère; quant à parler du droit des parties et spécialement du défendeur, cela est fort peu juridique dans beaucoup de cas.

¹⁾ *Summa Decretalium*, éd. LASPEYRES, p. 6. Ratisbonae, 1861. K. NEUMEYER allègue dans le même sens une glose de Jean de Faenza, rapportée par l'Archidiaque, Rosarium, Distinctione XII, can. 4, V^o Alterius: „Adde ratione contractus seu delicti sortitur quisque forum, ut notatur Causa III, Quaestione VI, in Summa. Alias dicendum est secundum Io[annem de Faventinis], quod consuetudo loci contractus servatur. Ad hoc ff. de usuris, l. prima (L. 1, D. XXII, 1); C. de evictionibus, Si fundum (L. 27, C. VIII, 44; sic pour L. 6, D. XXI, 2).” Cfr K. NEUMEYER, *o. c.*, p. 123 et 135, où la valeur de l'argument est examinée.

²⁾ Distinction XII, can. 4: „Similiter de contractu iudicandum est secundum consuetudinem patriae in qua contrahitur D. XXI, 2, L. 6, cavendum est de evictione secundum consuetudinem loci in quo contrahitur; similiter quando aliquis obligatur ex maleficio, debet iudicari et puniri secundum consuetudinem loci in quo commisit. C. 3, Quaestione 6, pr. et C. III, 15, [L. 1 et 2]; Authentica Qua in provincia. (Nov. 69, c. 1).” K. NEUMEYER, *o. c.*, p. 116.

³⁾ Distinction XII, can. 4: „Ego credo quod iudex iudicabit secundum consuetudinem rei, cum actor forum rei sequatur ut Extra, de foro competenti, Cum sit generale (c. 8, X. II, 2), nisi ratione contractus vel maleficii factus sit de foro alterius, quia tunc servabitur consuetudo loci ubi contraxit vel ubi deliquit, ut VIII Distinctione, Quae contra, et Extra, de foro competenti, c. ultimum (c. 20, X, II, 2).”

Le juge d'appel suivra le droit qui a été appliqué par le juge de première instance, sauf en matière de procédure, où il suivra sa propre loi, la *lex fori*, et en matière de contrats: ceux-ci seront régis, en première instance comme en appel, par la coutume de l'endroit où ils ont été conclus. Quant au juge délégué, il représente, il est vrai, celui qui l'a délégué, „*quoad auctoritatem*” puisque c'est de lui qu'il tient son autorité, „*non quoad consuetudinem*”, non quant au droit à appliquer. Conséquemment, pour la procédure, le délégué suivra sa propre loi; pour les contrats la loi de l'endroit où ils ont été conclus; pour les causes qu'il connaît au degré d'appel, la loi du premier juge. En ce qui concerne enfin la loi des parties et spécialement du défendeur, souvent il n'y aura aucune différence entre la loi qui régit les parties, par exemple lorsqu'il s'agit du droit de participer à une élection, ou d'établir une servitude d'aqueduc. D'autres fois il n'y aura en jeu ni loi du défendeur ni loi du demandeur, mais une „*consuetudo vel loci, vel terrae vel hominum ibi habitantium*”. C'est ainsi que se détermine la garantie en cas d'éviction, le droit de prendre des pierres dans les carrières situées sur le fonds d'autrui. Enfin s'il s'agit de procédure ou d'actes du juge, c'est la *lex fori* qu'il faudra suivre ¹⁾.

On le voit, l'auteur connaît déjà le principe de la compétence *ratione contractus*, celui de la compétence en matière d'action réelle, et celui de la *lex fori* pour la procédure. Nous aurons l'occasion d'examiner ces questions dans la suite de cette étude. Il est vrai que, sauf en matière de contrats, les principes ne sont pas exposés avec toute la précision voulue, mais ils marquent un progrès considérable; pour la procédure la question semble définitivement réglée ²⁾.

L'étude du M. Neumeyer a rendu possible une comparaison entre l'évolution de la doctrine chez les canonistes et chez les civilistes. Les décrétistes furent les premiers à soulever des problèmes, qui ne le furent que plus tard par les civilistes. L'exemp-

¹⁾ Voir K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 120 une longue citation tirée de Bernardus compostellanus iunior, *Leitura in primum librum decretalium*, d'après l'édition de Paris, Rembolt, 1516.

²⁾ Voir K. NEUMEYER o. c. p. 144, Voir aussi le texte de Jean Andreae, cité ci-dessous, p. 329.

tion de l'étranger était professée depuis longtemps déjà, lorsque Accurse, dans une addition à la Grande Glose, après 1228, énonça le principe demeuré classique et contraire à la doctrine antérieure des glossateurs du droit romain: „Quod si Bononiensis conveniatur Mutine, non debet iudicari secundum statuta Mutinae quibus non subest”. Si l'on excepte Aldricus (seconde moitié du XII^e siècle), les canonistes furent les premiers à rejeter l'application de la lex fori. Si on peut admettre une conjecture de M. Neumeyer, les légistes auraient proposé les premiers la règle de la compétence „ratione contractus”, mais non celle „ratione delicti”; ils ont également exposé plus clairement l'application de la lex fori à la procédure. Enfin l'obligation de l'absent, en matière criminelle, apparaît plus tôt dans les écrits canoniques ¹⁾.

§ 2. LA DÉCRÉTALE DE CLÉMENT III A NOBIS (1193) ET L'OBLIGATION DE L'ÉTRANGER ET DE L'ABSENT.

I. *Le texte de la décrétale et ses commentateurs.*

En 1193, nous ignorons par suite de quelles circonstances, le pape Clément III décida qu'une sentence générale portant: celui qui a commis un vol est excommunié, n'oblige que les sujets de celui qui a porté la sentence, nullement ceux qui ne sont pas soumis à sa juridiction, à moins toutefois que des pouvoirs plus étendus lui aient été délégués ²⁾.

Cette décrétale vise l'acte d'une autorité subordonnée, dont les pouvoirs sont restreints soit quant aux personnes soit quant au territoire; elle limite ces pouvoirs aux seules personnes soumises

¹⁾ K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung* II, 2. Kapitel: Die Legisten, p. 57 et ss; 3. Kapitel. Die Kanonisten, p. 107 et ss. passim.

²⁾ Caput 21, A nobis, 1, X, de sententia excommunicationis, V, 39: „A nobis fuit ex parte tua quaesitum utrum si quis ita pronunciaverit: quisquis furtum fecerit excommunicatus sit: haec generalis clausula ad ipsius excommunicatoris subditos referatur, an generaliter extendatur ad omnes qui non sunt de iurisdictione illius? Ad quod dicimus, quod hac sententia non nisi subditi obligantur, nisi forte plus contulerit maior et largior auctoritas delegantis.” Cfr JAFFÉ, *Regesta romanorum pontificum*, n. 17055, 2. edit. par S. LOEWENFELD, F. KALTENBRUNNEN, P. EWALD. Lipsiae, 1881. MIGNE, *Patrologie latine*, t. 106, p. 1024. *Compilatio secunda inter quinque Compilationes antiquas*, c. 10, L. V, tit. 18, edit. E. FRIEDBERG, *Quinque compilationes antiquae*, Lipsiae, 1882.

à sa juridiction. Mais d'abord quels sont les „subditi” dont il est question? Faut-il y comprendre les étrangers et les absents? Ensuite, que faut-il entendre par „sententia”? Faut-il y comprendre la loi ou simplement ce que la doctrine postérieure a appelé un précepte général? Enfin, la décrétale parle-t-elle d'un ordre porté en toute matière ou simplement en matière pénale?

Nous ne tâcherons pas de préciser le sens de la décrétale elle-même. Ce qui nous importe, c'est de savoir comment les commentateurs l'ont entendue, quelles doctrines les auteurs du XIII^e siècle ont exposées à son occasion, sur l'obligation de l'étranger ou de l'absent. La méthode exégétique dont les canonistes se servaient à cette époque rend la tâche moins aisée. Comme leur commentaire se rattache étroitement au texte de la décrétale, et que celle-ci parle, non d'un statut, mais d'une *sententia*, et cela en matière pénale seulement, une analyse soignée de leur texte s'impose et l'on ne peut trop facilement généraliser leur doctrine. Heureusement, quelques textes sur des questions analogues ne présentent pas la même difficulté. Observons aussi que les auteurs du XIII^e siècle distinguent clairement le précepte du statut, mais sans trop nous dire la différence essentielle entre ces deux espèces d'actes ¹⁾. Enfin, on remarquera que des auteurs

¹⁾ Actuellement encore, les auteurs ne sont pas d'accord sur la notion du précepte général donné par une autorité publique. Cesse-t-il à la mort de celui qui l'a donné? Oblige-t-il l'étranger et l'absent? Comment d'ailleurs distinguer un précepte général d'un statut ou d'une loi particulière? Les auteurs du XIII^e siècle distinguent parfaitement la „*sententia*”, ou décision judiciaire proprement dite, le précepte donné à une ou plusieurs personnes nommément désignées, „*praeceptum particulare*”, et le précepte général, s'adressant à la communauté; ils distinguent formellement celui-ci de la loi. Nous indiquerons la doctrine des auteurs sur le précepte et son obligation à l'égard de l'étranger et de l'absent. Observons que les canonistes du XIII^e siècle sont unanimes à déclarer que le précepte cesse à la mort de celui qui l'a porté. Voir l'Hos-tiensis, dans son commentaire au caput *A nobis* (c. 21, X, de *sententia excommunicationis*, V, 39); la Glose ordinaire des Décrétales de Grégoire XI, caput *A nobis*, Verbo: *Non nisi subditi*; et Jean Andreae, dans son commentaire sur le Sexte, Caput *Ut animarum*, (c. 2, de *constitutionibus*, I, 2), quand il parle de l'excuse de l'ignorance, écrit: „*Fortius idem in sententiis quas profert non in modum statutorum, cum illae non habeant vim legis nec sint de se perpetuae.*”

ont appliqué à la loi ce que la décrétale *A nobis* dit de la sentence générale et que le caput *Ut animarum*, interprétatif de cette décrétale, parle de „sententiae per statuta prolatae”.

Pour l'étude qui suit, nous avons pu nous servir des ouvrages suivants.

GOFFREDUS DE TRANO († 1245), professeur à l'université de Bologne, auteur d'une *Summa super rubricis Decretalium*, ouvrage composé vers 1241—1243, et qui jouit de la plus grande autorité pendant tout le moyen âge ¹⁾.

INNOCENT IV, Sinibaldus Fliscus ou de Fiesco, élu pape en 1243 († 1254), souvent désigné par les anciens canonistes sous le nom de Papa, élève de Jacques Balduini, professeur de droit romain à l'université de Bologne, dont il reprendra certaines doctrines dans la question qui nous occupe. Professeur de droit canonique à Bologne, il est l'auteur d'un commentaire sur les Décrétales de Grégoire IX terminé probablement en 1245 ²⁾.

HENRICUS DE SEGUSIA ou HOSTIENSIS, cardinal évêque d'Ostie, d'où lui vient son nom Hostiensis († 1271), élève lui aussi de Jacques Balduini et de Jacques de Albenga. Il professa à Paris et est l'auteur d'un commentaire sur les Décrétales de Grégoire IX et d'une *Summa* sur les mêmes Décrétales. La *Summa* date de 1250—1261; le Commentaire fut terminé vers 1268 ³⁾.

BERNARDUS DE PARMA ou DE BOTONE († 1263), professeur à Bologne, où il eut comme élève Guillaume Durantis. Il est l'auteur de la Glose ordinaire des Décrétales de Grégoire IX, ouvrage auquel il se consacra jusqu'à sa mort ⁴⁾.

ABBAS ANTIQUUS, auteur dont le nom est inconnu, de nationalité française, probablement aussi professeur à Bologne. Sa *Lectura*

¹⁾ *Summa super titulos decretalium compilata a magistro Ganfredo de Trano, domini papae subdiacono et capellano.* (Incunable, sans lieu ni date). Voir SCHULTE, *Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts*, t. II, p. 88.

²⁾ *Innocentii IIII in quinque libros decretalium necnon in decretales per eundem editas quae modo sunt in Sexto decretalium libro commentaria doctissima.* Venetiis, 1610. Voir SCHULTE, *o. c.* t. II, p. 91.

³⁾ *Apparatus sive commentum domini Hostiensis super quinque libris decretalium.* Argentinae, Ioannes Schottus, 1512. — *Henrici cardinalis Hostiensis Summa aurea.* Lugduni, 1568. Voir SCHULTE, *o. c.* t. II, p. 123.

⁴⁾ Nous suivons l'édition glosée de Venise, 1772. Voir SCHULTE, *o. c.* t. II, p. 114.

sur les Décrétales de Grégoire IX fut composée vers 1270¹⁾.

GUILELMUS DURANTIS ou SPECULATOR, canoniste et civiliste d'origine française, professeur de droit canonique à Modène, plus tard évêque de Mende († 1296). La première rédaction de son *Speculum Iuris* fut terminée vers 1272, la seconde vers 1287²⁾.

GUIDO DE BAYSIO ou ARCHIDIACONUS, appelé de ce nom parce qu'il était archidiacre de l'église de Bologne († 1313). Professeur de droit canonique dans cette ville, il compta parmi ses élèves Jean Andreae. Son *Rosarium* sur le Décret de Gratien se place entre 1296 et 1302; sa Glose sur le Sixième Livre des Décrétales entre 1299 et 1312³⁾.

Nous allons exposer la doctrine de ces auteurs sur l'obligation des étrangers et des absents: les principes qu'ils professent, les raisons sur lesquelles ils s'appuient, les dérogations qu'ils admettent. Les deux auteurs principaux sont toutefois Innocent IV et l'Hostiensis, qui défend des doctrines que le premier combat.

II. *Le principe de l'exemption de l'étranger.*

Pour déterminer l'obligation de l'étranger à l'égard du statut particulier, il importe de distinguer l'obligation directe de celui-ci, c'est-à-dire celle qui résulte de l'efficacité propre de la loi, et l'obligation indirecte, c'est-à-dire celle qui provient d'un titre étranger à la loi elle-même. Durantis nous l'apprend: „Et nota quod constitutio solum ligat subiectos constituentis . . . Sed evidenter est contra VIII Distinctio, Quae contra mores . . . Unde dicunt alii quod licet constitutio non liget directe non subiectos, ligat

¹⁾ Abbatis antiqui super quinque libris decretalium lectura aurea, dans *Perillustrium tam veterum quam recentiorum in libros decretalium aurei commentarii*. t. I. Venetiis, 1588. Voir SCHULTE, *o. c. t.* II, p. 130.

²⁾ Domini Guilelmi Durandi speculum iuris cum Ioannis Andreae, Baldi reliquorumque clarissimorum Iuris Utriusque doctorum visionibus hactenus addi solitis, ed. Alexander de Nevo. Francofurti, 1592. Voir SCHULTE, *o. c. t.* II, p. 144.

³⁾ *Rosarium domini Guidonis archidiaconi Bononie super Decreto*. (Incunable, sans lieu ni date). Archidiaconi super Sexto Decretalium uberrima commentaria, Lugduni, 1547. Voir SCHULTE, *o. c. t.* II, p. 186. — Les textes de Tancrède (1212—1215) et de Bernard Compostellanus iunior (1245—1254) que nous citons, ne nous sont connus que par les extraits publiés par K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, t. II, p. 139 et p. 120. Nous nous sommes tenus aux ouvrages principaux sur la matière.

tamen indirecte. Nam si Bitterensis convenit Narbone Narbonensem, sequitur statuta et consuetudinem narbonensem, nam actor forum rei et iura fori sequi debet. . .”¹⁾

Ce texte nous apprend déjà que la doctrine de l'obligation directe de l'étranger, soutenue par les anciens décrétistes, est entièrement abandonnée. Au témoignage de Durantis, Jacques Balduini († 1235) enseigne que l'étranger n'est pas tenu du statut particulier; il en est de même de Jean Teutonicus ou Zemeca, comme la Glose du Décret de Gratien nous l'apprend²⁾. Durantis se range au même avis³⁾. Nous croyons qu'il en est de même de Goffredus, d'Innocent IV, de l'Hostiensis, de Bernard de Botone, de l'Abbas antiquus et de Guy de Baysio. A première vue, on croirait qu'Innocent IV enseigne le contraire, dans son commentaire sur le caput A nobis: les étrangers sont tenus de la loi particulière, à la condition que des sujets du législateur puissent tomber sous son application et que la loi soit portée expressément pour le territoire soumis au législateur⁴⁾. Mais il faut remarquer qu'Innocent IV parle uniquement de la soumission de l'étranger „ratione delicti”, de son obligation indirecte. Si l'étranger était soumis directement à la loi étrangère, on ne comprendrait pas comment Innocent IV, à d'autres endroits, insiste sur l'obligation „ratione delicti” ou „contractus” et encore à raison de la „res sita”⁵⁾. Goffredus, l'Hostiensis, Bernard de Botone et l'Abbas antiquus n'admettent que l'obligation indirecte de l'étranger⁶⁾.

¹⁾ Speculum Iuris, Liber IV, Particula I, de constitutionibus, § Et nota, t. III, p. 76, n. 4 et ss.

²⁾ Voir ci-dessus, p. 291.

³⁾ Speculum Iuris, l. c. n. 6: „Et hoc tenent (peregrinos et advenas non ligari statutis civitatis in qua sunt) Jacobus [Balduini], Ioannes Theutonicus, et Albertus Papiensis. Prius dictum (que les étrangers ne sont pas liés directement) est verius de rigore iuris”. — L'Archidiacre reprend le texte de Durantis dans son Rosarium, au canon Quae contra.

⁴⁾ C. A nobis, X, de sententia excommunicationis, V, 39. Nous expliquons ce texte ci-dessous, p. 310, note 1.

⁵⁾ Voir son commentaire in Rubrica de consuetudine, n. 5—8; c. Ex parte, 15, X, de foro competenti, II, 2; c. Raynutius, 16, X, de testamentis et ultimis voluntatibus, III, 26. Nous reviendrons sur ces textes.

⁶⁾ Goffredus, Summa decretalium, Libro V, tit. 39, de sententia excommunicationis: „Potest autem praelatus excommunicare subditos suos . . . subditos

L'Archidiacre se range de l'avis de son maître Durantis, dont il reproduit le texte. Il admet d'ailleurs l'explication donnée par Huguccio des textes du Décret de Gratien sur l'obligation de l'étranger ¹⁾.

Durantis nous renseigne sur les raisons qu'on pouvait faire valoir en faveur de la théorie communément reçue. Ce sont d'abord tous les textes du droit romain qui font mention du droit de l'empereur de porter de lois pour l'Empire: on en conclut que la loi ne peut s'appliquer qu'aux sujets à l'exclusion des étrangers, bien que rien, dans ces textes, n'autorise cette conclusion ²⁾. Ce sont ensuite les dispositions qui interdisent aux gouverneurs de province de rien statuer pour les personnes qui ne sont pas soumises à leur juridiction: „Extra territorium ius dicenti impune non paretur” (L. 20. D. de iurisdictione, II, 1); les lois romaines qui décident que certaines lois ou certains actes juridiques ne concernent que les choses qui sont à demeure dans un endroit déterminé, et que l'on applique aux personnes qui ne sont que de passage sur un territoire ³⁾. Durantis invoque égale-

intelligo ratione domicilii, rei, contractus et delicti”. — Hostiensis, Summa aurea, Libro I, tit. 2, de constitutionibus, n. 1.: „Inferiorum autem constitutio nec generalis est, nec omnes adstringit, sed subditos”. Même doctrine Libro V, tit. 39, n. 6. Dans son commentaire sur les Décrétales, c. A nobis, 21, X, de sententia excommunicationis, V, 39, il n'admet comme raison de soumission que le „domicilium personae et delictum”. — La Glose signée par Bernard de Botone, c. A nobis, Verbo Non nisi subditi: „Sed contra videtur quia ratione delicti efficitur quis de iurisdictione illius qui tulit sententiam”. — Abbas antiquus, ad c. Cum venissent, 3, X, de eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae, II, 15: „Idem posset dici de delicto, quia observatur consuetudo loci, in quo est commissum delictum, nam ratione delicti quis sortitur forum”.

¹⁾ Rosarium, ad canonem Quae contra, 2, D. VIII, et ad canonem Illa, 11, D. XII. Voir ci-dessus, p. 291, note 1.

²⁾ Codex, de novo codice confirmando: „singulas provincias nostro subiectas imperio; L. 1, C. de summa Trinitate, I, 1: „Cunctos populos quos clementiae nostrae regit imperium (al. temperamentum)”; L. 14, Rem non novam, C. de iudiciis, III, 1: „in orbe terrarum, qui nostris gubernaculis regitur”; L. 1, C. de colonis palaestinis, XI, 51: „Cum per alias provincias, quae subiacent nostrae serenitatis imperio”; L. 27, D. Ad Senatus consultum Trabeianum, XXXVI, 1: „Omnibus civitatibus quae sub imperio populi romani sunt”.

³⁾ L. 25, Id vestimentum, D. de peculio, XV, 1: n'appartient au peculium de l'esclave que le vêtement qui lui a été donné d'une manière durable, non pour un service déterminé; L. 32, Debitor, D. de pignoribus et hypothecis,

ment le droit canonique: le canon 1, Quo Iure, Distinction VIII; qui se borne à poser en principe le pouvoir du Souverain; le caput A nobis, où il n'est question que du précepte. Il reconnaît d'autre part que le canon Quae contra, 2, Distinction VIII est contraire à sa théorie, sans donner une réponse à la difficulté ¹⁾.

On le voit, c'est sur des dispositions de droit positif que toute la théorie est basée. Aucune théorie sur la nature de la loi n'est invoquée pour établir l'exemption de l'étranger. Celle-ci sera d'ailleurs fort restreinte par la doctrine de la soumission indirecte.

III. *La soumission de l'étranger ratione delicti.*

Si la doctrine est unanime pour admettre que l'étranger n'est pas soumis à la loi particulière du territoire sur lequel il réside momentanément, elle n'est pas moins d'accord pour admettre qu'à raison du délit, il est soumis à la juridiction du supérieur du territoire et aux dispositions du statut pénal particulier ²⁾.

XX, 1: ne fait partie du gage que l'intendant et les esclaves attachés au fonds d'une manière permanente; L. 35, Ex facto, D. de heredibus instituentis, XXVIII, 5: on n'entend par biens situés en province ou en Italie, que ceux qui y sont d'une manière permanente: „quas perpetuo quis ibi habuerit atque ita disposuit ut perpetuo haberet”.

¹⁾ Durantis, Speculum Iuris, Liber IV, Particula prima, § de constitutionibus, n. 5 et 7. t. III, p. 76.

²⁾ Innocent IV, au caput A nobis. Nous reproduisons le texte ci-dessous, p. 310 note 1. Rubrica de consuetudine: (X, I, 4) „Consuetudo loci, ubi contractus celebratus est, servari debet, . . et loci ubi maleficium perpetratur.” — Hostiensis, caput A nobis (c. 21, X, V, 39) „Non nisi subditi ratione domicilii persone vel delicti.” — Bernard de Botone, Glose au caput A nobis: „Non nisi subditi. Sed contra videtur quod ratione delicti efficitur quis de iurisdictione illius qui tulit sententiam. . . Comprehendit ergo tantum subditos suos; etiam delinquentes in eius parochia, cum ex hoc ipsi subditi sint. Nam ratione delicti quis sortitur forum. . .” — Abbas antiquus ad caput 3, Cum venissent, X, de eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae, II, 15: „Idem posset de delicto dici, quia observatur consuetudo loci in quo est commissum delictum, nam ratione delicti sortitur quis forum.” — Durantis, Speculum Iuris, Liber IV, Particula prima, § Constitutiones, (t. III, 76), déclare que cette doctrine est généralement reçue; il signale cependant l'opinion de ceux qui n'admettent pas le principe: „Quidam contra, ut secundum ius romanum puniatur (extraneus in civitate delinquens). Argumentum ff. de peculio, Licet, § Idem (L. 3, D. XV, 1); ff. de iureiurando, Eum qui (L. 30, D. XII, 2); et si iudex aliter puniat, ipse puniendus est, cum non licet alium puniendi modum

Les arguments en faveur de cette théorie sont encore empruntés à des textes du droit romain et du droit canonique. Les textes du Corpus iuris civilis qu'on allègue, chargent les gouverneurs de province de poursuivre les délits commis dans leur territoire même par les étrangers et leur accordent tout pouvoir à cet effet ¹⁾. Mais ils ne touchent pas la question du droit à appliquer aux étrangers. Les textes de droit canonique allégués n'ont pas d'autre portée ²⁾, à l'exception du canon 4, Placuit, Causa VI, Quaestione 3, du Décret de Gratien; „Placuit pro communi utilitate et instante necessitate, ut nullus episcoporum graviter ferat, si eius parochianum pro depredationis causa alter episcopus excommunicaverit” ³⁾. Le principe est donc universellement admis qu'en matière de délit, c'est la „lex loci delicti” qui sera appliquée ⁴⁾, malgré les dispositions du caput A nobis qu'on tâche d'interpréter.

Pour résoudre la difficulté, Tancredè (vers 1212—1215) distingue entre les préceptes portés avec la mention expresse qu'ils ne sont applicables qu'aux délits commis dans le diocèse du supérieur et ceux qui ne portent pas cette restriction. Innocent IV distingue entre la loi proprement dite et le précepte. Henri de Segusia soutient une théorie absolue, l'obligation de l'étranger, mais admet

invenire, ut ff. de penis, Capitalium (L. 28, D. XLVIII, 19).” Cette doctrine n'a pas été proposée par les canonistes. Jean Teutonicus la signale dans la Glose ordinaire du Décret, Distinction XII, can. 4 Verbo contrario. Cfr K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 134.

¹⁾ L. 1 et 2, C. de iurisdictione omnium iudicum et foro competenti, III, 13; L. 3, Praeses provinciae, D. de officio praesidis, I, 18; L. 9, Sunt quaedam, D. de extraordinariis criminibus, XLVII, 11; Authentica Qua in provincia, Nouvelle 69, caput 1.

²⁾ Gratien, Causa III, Quaestione 6, c. 1: „Ibi causa semper agatur ubi crimen admittitur”; c. 9, Excommunicatis, X, de officio legati, I, 30; c. 20, X, de foro competenti, II, 2; c. 11, Tuarum, X, de privilegiis et excessibus privilegiatorum, V, 33.

³⁾ Gratien, Causa VI, Quaestione 3, canon 4, Placuit. Le canon est pris aux Capitularia Karlomanni apud Vernis palatium, 884, *Monumenta Germaniae historica* Legum t. I, p. 552. Hannoverae, 1835. Il se rencontre dans Burchard de Worms, Decretum, XI, 12 et dans le décret d'Yves de Chartres, XIV, 82.

⁴⁾ Le même principe était admis dans la législation séculière. Voir E. M. MEIJERS, *Bijdrage tot de geschiedenis van het internationaal privaatrecht en strafrecht in Frankrijk en de Nederlanden*, pp. 23 et 25.

l'excuse de l'ignorance. Bernard de Botone, enfin, distingue les matières qui font l'objet du précepte ou de la loi.

1. Tancrède, après avoir allégué le principe que l'étranger est soumis au supérieur qui a porté un précepte pénal, à raison même de son délit, explique ainsi les dispositions du caput A nobis: si le supérieur a déclaré: *Quisquis furtum fecerit ubicunque*", seuls les sujets sont liés, à l'exclusion donc des étrangers; si au contraire il a dit: *„Si quis furtum fecerit in parochia mea*", les étrangers sont liés par le précepte ¹⁾. Innocent IV se ralliera à cette interprétation, mais en ce sens seulement, que si la mention: *„in parochia mea*" ou *„in diocesi mea*" fait défaut le précepte ne pourra jamais obliger l'étranger. L'Hostiensis à son tour l'admettra, mais déclarera que la formule: *„in diocesi mea*" est toujours sous-entendue.

2. Innocent IV admet que l'étranger est soumis, *ratione delicti*, à la coutume de l'endroit ²⁾; d'accord avec Jacques de Albenga, il admet le même principe pour la loi, à la condition, toutefois, que le législateur compte parmi ses sujets des personnes auxquelles la loi soit applicable: un archevêque ne pourrait interdire, dans sa propre province, aux archevêques de faire porter devant eux la croix, indice de leur dignité archiépiscopale, parce qu'il n'a pas d'archevêques qui lui soient subordonnés, tandis qu'un primate pourrait porter pareille interdiction. N'est-ce pas interdire toute

¹⁾ Glose au caput A nobis (Compilatio II, c. 10, L. V, titre 18, Verbo: *resistitur*: „*Ratione delicti efficitur quis subditus et parochianus alterius, ut C. 6, Quaestione 3, c. 1; Causa 3, quaestione 6, c. 1; Codex III, 15; Auth. Qua in provincia; Codex, III, 24, L. 1; ergo universi ligantur, cum sint eius subditi. Respondeo: si generaliter protulit verbum „quisquis furtum fecerit ubicunque*", tunc solummodo subditi ligantur, sicut hic dicitur, quod alibi quam in eius provincia furtum fecerunt. In quo casu intelligo quod hic dicitur. Si vero dixerit: „si quis furtum fecerit in parochia mea", tunc ratione delicti omnes, qui ibi delinquant, ligantur illa sententia ratione prius dicta." Bibliothèque de Bamberg, Ms. can. 19 (P II 6), fol. 115, reproduit par NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, II, p. 139. — Cet auteur cite une autre Glose contraire à cette théorie „Si hac sententia lata aliquis de alio territorio hic furtum fecerit, numquid ligabitur ex sententia? Notaverunt hic quidam quod sic. Quod ego non credo. Immo necesse est aliam ferri contra eum" (*Ibidem*, p. 139.)

²⁾ Innocent IV, Rubrica de consuetudine; „*Consuetudo loci, ubi contractus celebratus est, servari debet... et loci ubi maleficium perpetratur*".

législation pénale d'exception pour les seuls étrangers parce qu'elle ne serait pas générale? Enfin tout précepte pénal, ou tout au moins toute sentence d'excommunication portée par un précepte général ou particulier, ne saurait atteindre l'étranger, même si le précepte était formellement restreint au délit commis dans le territoire, condition toujours essentielle d'après Innocent IV pour que le précepte puisse s'appliquer aux étrangers ¹⁾. La nonobservation d'un précepte de cette nature ne pourrait donc entraîner que l'application des peines prévues par le droit commun et pour un délit déjà établi par ce même droit commun ou par le droit divin.

Le commentateur ne parle que d'un précepte prévoyant la peine d'excommunication. Pourrait-on appliquer sa doctrine à tout précepte pénal? Cela semble assez plausible. Toujours est-il qu'Innocent IV, au concile de Lyon de 1245, a décidé que la sentence d'excommunication portée par un évêque ne peut lier que les

¹⁾ La doctrine de Jacques de Albenga nous est rapportée par l'Hostiensis, dans son commentaire au caput A nobis, ci-dessous, p. 311 note. 3. Innocent IV expose sa doctrine dans son commentaire au caput A nobis: on remarquera que le texte se rapporte aux termes de la décrétale; il s'agit d'une sentence générale portant: *Quisquis furtum fecerit, excommunicatus sit*. Innocent IV rapporte d'abord l'opinion communément reçue: „*Furtum. Secus si dixisset: quicumque in dioecesi mea, quia tunc ratione delicti potuit in extraneos sententiam ferre. C. Ubi de criminibus agi oportet, 1 (L. 1, C. III, 15) et in Authentica: Qua in provincia (Novelle 69, caput 1). Et tunc si subditus suus fecerit furtum extra dioecesim, non ligatur; secus si ferat sententiam secundum verba decretalis, indeterminate, quia tunc ubicunque subditus suus furetur, ligatur*”. A cette doctrine il oppose une nouvelle théorie: „*Posset tamen dici non male, quia aliud est legem facere, quae etiam ligat non subditos, VIII Distinctione, Quae contra, dummodo talis sit lex qualem iura precipiunt. Distinctione 4, Erit. Unde si aliquis archiepiscopus faceret legem quod quicumque archiepiscopus feret crucem in provincia sua, esset excommunicatus, lex non valeret, quia non est generalis, et quia non comprehendit subditos, quia nullus archiepiscopus habet subditos archiepiscopos, sed extraneos tantum, contra quos non licet facere legem, licet alias legem in subditis factam servare teneantur. Si autem patriarcha esset qui haberet archiepiscopos suffraganeos, ille hanc legem posset bene facere, quasi in subditis. Item aliud est sententiam ferre quae fertur causa cognita, quod quilibet potest ratione delicti iam commissi in dioecesi, ut in Authentica: Qua in provincia (Nov. 69, c. 1). Sed ratione committendi delicti facere non potest, puta: excommunico te de aliena iurisdictione, si hoc egeris; vel etiam si dicat: excommunico omnes qui hoc egerunt. — Authoritas. Id est nisi ex speciali autoritate Superioris sibi concessum sit, quod etiam non subditi astringantur eius sententia*”.

sujets de celui-ci, à l'exclusion des étrangers. Mais ceux-ci n'en demeurent pas moins sujets, *ratione delicti*, à un statut particulier établissant la même peine¹⁾. Il détermine aussi à quelles conditions les sujets eux-mêmes pourront être liés par une sentence de ce genre. Elle ne pourra être prononcée pour un délit déjà commis antérieurement, sans avertissement préalable, ni même pour un délit futur que sous certaines conditions et pour une raison grave²⁾.

3. L'Hostiensis est d'un avis tout différent: le précepte et la loi obligent l'étranger *ratione delicti*, même si la loi s'applique aux seuls étrangers. En effet, dit-il, le droit canonique ne permet à un archevêque, hors de son propre territoire, l'usage du Pallium, insigne de sa dignité archiépiscopale, que du consentement de l'évêque du lieu où l'archevêque prétend user de sa prérogative. Quant à la condition que le précepte doive porter formellement la restriction: la peine ne frappe que de délit commis dans le territoire de celui qui a donné le précepte, cette restriction est toujours sous-entendue et il est bien inutile de l'exprimer³⁾.

¹⁾ Le texte a été inséré plus tard dans le Sexte, c. *Romana ecclesia*, 5, de *sententia excommunicationis*, V, 11 in VI^o. Innocent IV dans son commentaire sur cette décrétale (L. V, titre 39, c. 5, in VI^o) écrit: „Sententiae. Bene dicit; nam si canonem fecisset (Episcopus) illo ligarentur omnes, ut notatur, Supra, Eodem (titulo), A nobis”.

²⁾ L'Abbas antiquus admet également la distinction entre le statut et le précepte et se rallie à ce point de vue à la doctrine d'Innocent IV: caput A nobis. „Auctoritas. Sic notavit id est nisi ex speciali auctoritate superioris concessum fuerit quod etiam non sui subditi astringantur sua sententia. Super huiusmodi materia credo quod, licet statuendo possit facere episcopus vel alius ordinarius, quod quis sic excommunicationem incurrat, dum tamen in statuto condiciones concurrant, quas habes IV Distinctione, Erit (canon 2), tamen in modum sententiae fieri non debet *ratione committendi delicti*, licet possit *ratione commissi*. Quod totum intellige secundum determinationem novae decretalis, Infra, Eodem (titulo), Romana, c. penultimo (c. 5, de *sententia excommunicationis*, V, 11, in VI^o). Et est ratio diversitatis in sententia et statuto, quia lex fit cum deliberatione, sine iuris ordine et causae cognitione; unde sufficit quod consilio deliberato reperiatur iusta. Sed sententia debet ferri cum causae cognitione, Infra, Eodem (titulo), Sacro (c. 48, X, V, 39), quod in futuris locum habere non potest, cum causa futuri temporis probari non possit.”

³⁾ Hostiensis, *Commentarium*, caput A nobis, § Ad quod dicimus. „Secunda pars. Non nisi subditi *ratione domicilii* persone vel delicti. . . . Tamen Dominus noster [Iacobus de Albenga] notat hic quod *ratione futuri delicti* non potest ligare non subditum, sed *ratione preteriti tantum*. C. Ubi de crimine agi

Bernard de Botone n'admet pas non plus la nécessité d'exprimer cette restriction ¹⁾.

Mais l'Hostiensis admet l'excuse de l'ignorance. Jacques Balduini, son maître, ne l'avait pas admise, mais demandait, pour ce motif, une diminution de la peine ²⁾. L'Hostiensis, au contraire, soutient que l'ignorance peut excuser l'étranger, soit qu'il s'agisse d'une chose qui n'est pas défendue par le droit commun ou par le droit divin, soit même qu'il s'agisse d'une chose qui tombe sous l'une ou l'autre de ces prohibitions. Un étranger peut être coupable devant sa conscience, sans encourir pour cela la peine du droit particulier. Mais il est requis que l'ignorance soit vraisemblable: on l'établira par des présomptions, notamment par la durée du séjour. Celui qui vient à peine d'arriver dans un

oportet (C. III, 15); Authentica Qua in provincia (Novelle 69, cap. 1), quae potius facit contra, quia non distinguit unde sint, et ideo nec nos distinguere debemus. Item notat quod si sic dicat: quicumque infra nostram diocesim furtum fecerit sit excommunicatus, tunc ligatur non subditus infra eandem diocesim furans, subditus vero si furetur extra ipsam diocesim non ligatur. Quando vero dicit: quisquis furtum fecerit, ut hic fuit, tunc ligatur subditus ubicunque, sed infra suam diocesim tamen furans, non subditus vero infra eandem diocesim furans non ligatur, secundum T[ancredum] (ci-dessus, p. 309 note 1). Quod non placet: semper enim subintelligo, nisi aliud dicatur, quod sententia ad proferentis diocesim sive territorium restringatur quantum ad locum et quantum ad delinquentes ibidem, undecunque sint. Argumentum ff. de officio presidis, l. 3 et l. Congruit (L. 3 et L. 13, D. I, 18); Authentica de collatoribus, § Iubemus 3, collatione IX (Novelle 128, c. 2). Quod si archiepiscopus excommunicet omnes ferentes crucem ante se in provincia sua et alius archiepiscopus fert ibi crucem, nunquid est excommunicatus? Dixit Dominus noster quod non, cum hanc legem facere nequeat, quia non habet suffraganeos archiepiscopos. Si vero patriarcha hanc legem faceret, tunc ligaretur. Argumentum VIII Distinctione, Quae contra mores. Quod autem archiepiscopus hanc legem facere posset est efficax argumentum in eo quod legitur et notatur, Supra, de usu pallii, cap. antepenultimo in fine (c. 5, X, de auctoritate et usu pallii, I, 8)."

¹⁾ Glosa ad caput A nobis: „Respondeo si generaliter intellexit: Quisquis furtum fecerit ubicunque, clausula ista non refertur nisi ad subditos, ut hic dicit: quoniam extra parochiam suam nullam habet iurisdictionem, unde illa sententia non extenditur ultra terminos suae iurisdictionis... Comprehendit ergo tantum subditos; etiam delinquentes in eius parochia, cum ex hoc ipsi subditi sunt. Nam ratione delicti quis sortitur forum".

²⁾ D'après Durantis, Jacques Balduinus n'admet pas l'excuse de l'ignorance: „Dicit tamen quod pena debet mitigari, ut si pena sit dupli, simplum amittat, si simpli, tum medietatem". (Speculum iuris, l. c., t. III, p. 76).

territoire étranger pourra, grâce à son ignorance, échapper à l'application du statut, même s'il a commis un délit de droit commun : l'ignorance de la seule peine est suffisante pour empêcher l'application du statut. Au contraire, un séjour prolongé fait présumer la connaissance du statut particulier. Dans le doute, enfin, le juge s'en remettra au serment de l'inculpé ¹⁾.

Selon son habitude, Durantis se borne à exposer les opinions sur la question de l'ignorance; encore son exposé manque-t-il de netteté ²⁾.

A défaut de textes sur la question, il n'était pas difficile de trouver des dispositions du droit admettant ou rejetant, dans d'autres domaines, l'excuse de l'ignorance et que l'on pouvait appliquer par analogie.

Contre l'admissibilité de cette excuse on invoquait les canons 1—4 de la Distinction 30, qui prononcent l'anathème contre ceux qui se rendent coupables de certains crimes graves, et cela

¹⁾ Hostiensis, au caput A nobis: „Quod si hanc sententiam ignoraret, redderet ipsum probabilis ignorantia excusatum. Argumentum Supra, de clerico excommunicato ministrante, Apostolice (c. 9, X, V, 27). Super quo vide quod notatur in Summa (ipsius Hostiensis), de constitutionibus, § Quando constitutio (X. I, tit. 2). Alii dicunt quod etiam ignorans ligatur, quia facit rem illicitam et prohibitam et incidit in factum damnatum, unde statim ligatur. Argumentum 30 Distinctione, c. 1, 2, 3 et 4; [Causa] 34, Quaestione 1, c. 1, 2 et 3, et est ei imputandum, quia de hoc non quaesivit. Argumentum 37 Distinctione, § finali (can. 16). Tu tamen dicas quod hoc arbitrabit bonus index ex novitate adventus vel ex mora quam contraxit in terra: nec enim intrantem de novo, etsi obligetur ad culpam, quia rem facit illicitam, dicam obligatum ad penam. Argumentum Supra, Qui matrimonium accusare possunt, c. fin. (c. 6, X, IV, 18); C. de adulteriis, Si ea (L. 22, C. IX, 9), quia ad ipsam non astringitur, nisi sciens. Supra, Eodem, c. Significasti (c. 18, X. de sententia excommunicationis, V, 39); nec est ei imputandum si statim non quaesivit, quia nec alieni regni convenit secreta rimari. C. de commertiis et mercatoribus, Mercatores (L. 4, C. IV, 63). Si vero magnam moram contraxerit, praesumendum est contra ipsum. Argumentum ff. de verborum significatione, Late (L. 223, D. L, 16); ff. de iuris et facti ignorantia, Regula (L. 9, D. XXII, 6); XVI Distinctione, Quod dicitis (can. 14). Sed in dubio videtur quod ipsius iuramento credendum sit. Quod dic ut notatur, Supra, Eodem (titulo), Cum desideres § 2 (c. 15, X, V, 39). et cap. Si vero aliquis (c. 4, Ibidem). Et de simili materia notatur, Infra, Eodem (titulo), In audientia (alibi: Indulgentia) (c. 25, Ibidem)."

²⁾ Speculum iuris, Liber IV, titulus de constitutionibus, particula prima, § Constitutiones, t. III, p. 76.

sans faire la moindre allusion à l'ignorance. Les canons 1—3 de la Cause 34, Question 1, ordonnent à l'époux qui a contracté un second mariage de reprendre la vie conjugale avec son premier conjoint qu'il avait cru décédé et cela malgré sa bonne foi. L'ignorance de la peine, d'après le canon 16, Distinction 37, n'excuse pas celui qui a négligé de s'informer quelles personnes pourraient l'instruire de la loi.

Mais d'autres textes admettent parfaitement l'excuse de l'ignorance. Le canon 2, Distinction 82, ne refuse pas le pardon, tant qu'il n'est pas établi que la loi fût parvenue à la connaissance de l'inculpé. La validité du mariage peut être attaquée par celui qui a ignoré, avant le mariage, que les proclamations des bans se faisaient et qui, par suite, a été dans l'impossibilité de dénoncer les empêchements avant la célébration du mariage (c. 6, X, *Qui matrimonium accusare possunt*, IV, 18). Ne sont excommuniés que ceux qui ont eu sciemment des relations avec un excommunié (c. 18, X, *de sententia excommunicationis*, V, 39). Celui qui a des rapports avec une personne qui se présente ouvertement comme femme publique, ne peut être, à cause de son ignorance, convaincu d'adultère, en vertu de la loi 22, *Si ea*, C. IX, 9. Le même principe est énoncé au c. 25, X, *de sententia excommunicationis*, V, 39. L'étranger d'ailleurs n'est pas tenu de s'informer de la loi particulière: la loi 4, C. IV, 63 n'interdit-elle pas aux étrangers la fréquentation de certaines foires, „ne alieni regni, quod non convenit, scrutentur arcana”?

Mais un séjour prolongé permet de présumer la connaissance du statut: il y a faute lourde à ignorer ce que chacun sait (L. 223, D. L, 16). „Cui facile est scire, ei detrimenti sit iuris ignorantia” (L. 9, D. XXII, 6). On ne doit pas admettre facilement l'ignorance des canons du concile de Sardique et des autres lois du souverain pontife (canon 14, Distinction 16). Le serment de l'inculpé, enfin, est un moyen légitime de trancher le doute: en effet celui qui prétend avoir frappé un clerc, ignorant sa qualité, peut, par son serment, prouver son ignorance, (c. 4, X, V, 39).

4. La doctrine de Bernard de Parme ou de Botone, dans la Glose des Décrétales, est intéressante parce qu'elle se rapproche de la doctrine des civilistes, dont Innocent IV comme l'Hostiensis s'écartent. La loi n'oblige l'étranger, „ratione delicti”, que si elle

a pour objet une chose déjà défendue par le droit commun; alors seulement il y aura délit et conséquemment soumission de l'étranger au statut particulier. Il n'admet pas l'excuse de l'ignorance ¹⁾. Au témoignage de Faber et de Bartole ²⁾, c'est le doctrine de Dinus et de Jacques de Arena. C'est aussi la théorie de l'école d'Orléans: de Jacques de Révigny ³⁾ et de Pierre de Belleperche ⁴⁾. Ceux-ci cependant ajoutent que l'étranger sera tenu du statut local qui défend ce qui n'est pas interdit de droit commun, s'il y va de l'utilité publique. Jacques de Révigny avait admis l'excuse de l'ignorance dans son commentaire sur les Institutes, mais il ne la mentionne plus dans son commentaire sur le Code justinien ⁵⁾.

IV. *La législation qui régit les contrats.*

Une seconde dérogation très importante à l'exemption de l'étranger

¹⁾ Glosa au caput A nobis: „Sed videtur quod per talem sententiam non sunt ligati alii de alia provincia, cum ipsi ignorent talem sententiam, licet ibi delinquant et efficiantur de foro illius, ut per hoc illos possit punire. Sententia enim non ligat ignorantes et precipue illos quibus publicata non est. 82 Distinctione, Proposuiti (can. 2); XVI Distinctione, Quod dicitis (can. 14). Dicas quod bene sunt excommunicati, quia incidunt in factum damnatum et quicumque facit factum iam per sententiam excommunicationis damnatum iudicatur excommunicatus quasi a canone. Argumentum [Causa] 34, Quaestione 1, c. 1, 2 et 3. Et propter delictum ibi commissum intelliguntur esse a parochia sua et sic excommunicati sunt; nec excusantur ex eo quod dicunt se ignorasse sententiam, quia ipsi dum rem illicitam et prohibitam faciant statim sunt in culpa, et potuerunt quaerere de hoc.” — Une Glose postérieure de Jean Andreae fait observer aux mots: statim sunt in culpa: „Non sequitur secundum Hostiensem, si obligati sunt ad culpam et ad poenam. Inducit: Qui matrimonium accusare possunt, cap. finale (c. 6, X, IV, 18); C. de adulteriis, L. Si ea (L. 22, D. IX, 9). Dicit ergo hoc arbitrandum ex novitate adventus, vel ex mora quam traxit, in dubio relinquendus iuramento suo, Supra, Eodem, Si vero 2 (c. 34, X, V, 39).”

²⁾ Voir le commentaire de Jean Runcinis, dictus Faber, ad legem Cunctos populos, dans E. M. MEIJERS, *Bijdrage tot de Geschiedenis van het internationaal privaatrecht*, Bijlage VIII, p. XXXIII. — Bartoli a Saxoferrato commentaria, ad legem Cunctos populos (L. 1, D. I, 1), n. 20. Basileae, 1588.

³⁾ Jacques de Ravanis, ad legem Cunctos populos, dans E. M. MEIJERS, o. c. Bijlage IV, p. XVI.

⁴⁾ Pierre de Bella Pertica, ad legem Cunctos populos, dans E. M. MEIJERS, o. c. Bijlage V, p. XXI.

⁵⁾ Voir l'extrait du commentaire sur les Institutes publié par E. M. MEIJERS, o. c. p. 89, note 1.

du statut particulier concerne la matière des contrats. A l'époque de Durantis, plusieurs théories étaient proposées : d'aucuns voulaient qu'on appliquât la coutume du domicile du défendeur, d'autres celle du domicile du demandeur ; d'après d'autres encore le juge devait appliquer la „lex fori” même pour le fond du procès ; ou bien encore on pensait que le contrat devait être régi par les coutumes de l'endroit où il avait été conclu, mais en aucune façon par le statut local. L'opinion qui a dominé demandait toujours l'application de la coutume ou du statut de l'endroit où le contrat avait été conclu¹⁾. Cette doctrine a été admise unanimement par les canonistes, notamment par Innocent IV, l'Hostiensis, l'Abbas antiquus et par Durantis²⁾.

Innocent IV développe le principe. Le contrat, dit-il, doit être fait d'après la coutume de l'endroit où il a été conclu ; les contractants ne pourraient alléguer leur ignorance. Tout au plus, en cas de lésion grave, il y aurait lieu à „restitutio in integrum”, à rescission du contrat. Ce principe s'appliquera, même si la loi propre du juge est différente de la coutume suivie par les parties, et celle-ci devra être appliquée par le juge d'appel³⁾.

¹⁾ Durantis, *Speculum iuris*, Lib. II, particula, 1, de feriis, § Feriarum, verbo: Sed pone, t. II, p. 154. Voir ci-dessus, p. 294 et ss. et p. 298—300.

²⁾ Innocent IV, in rubrica de consuetudine (X, I, 4). — L'Hostiensis, dans son commentaire sur le caput 1, Consuetudines, X, de consuetudine, I, 4. — L'Abbas antiquus dans son commentaire sur le caput 3, Cum venissent, X, de eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae, II, 15 et sur le caput 16, Raynutius, X, de testamentis et ultimis voluntatibus, III, 26: „Si vero esset personalis actio, esset servanda consuetudo loci ubi est celebratus contractus.” „Nota iudicem appellationis sequi consuetudinem litigantium.” — Durantis, *Speculum iuris*, l. c.

³⁾ Innocent IV, Rubrica de consuetudine: „Sed quid si extraneus contra consuetudinem faciet, numquid teneatur? Argumentum quod sic, quia nullius peregrini licet, etc. VIII D. c. 1 et 2; D. XII, c. Illud. Argumentum ff. de iudiciis, l. Heres absens, § 1 (L. 19, D. V, 1); contra quia nescivit nec scire debuit, cum in aliena consuetudine probabilis sit error, sicut in facto alieno. ff. Pro suo, l. ultima (L. 5, D. 41, 10). Dicunt quidam quia monitus vel sciens debuit servare; si vero nescivit, non tenetur quia non est in culpa. Supra, de constitutionibus, c. Cognoscentes (c. 2, X, I, 2), ibi rem quam (sic). Argumentum ff. de actionibus empti venditi, l. Iulianus, in principio (L. 13, D. 19, 1); 82 Dist. c. proposuisti (can. 2). Imo debet imputari ei qui potuit expressius legem dicere. ff. de pactis, l. Veteribus (L. 39, D. II, 14) et deceptis, etc. ut ff. ad Velleianum, l. 2, Verba (L. 2, § 2, D. XVI, 1). Si autem nec civis esset in culpa, quia credebat consuetudinem esse ius commune et erat alias

Des textes nombreux du Droit romain sont allégués en faveur de cette théorie: quelques-uns, sans parler toutefois de l'obligation de l'étranger, ont quelque rapport avec la matière, d'autres semblent parfaitement étrangers à la question. „Praeses provinciae, probatis his quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet” (C. Quae sit longa consuetudo, VIII, 52 (53); L. 3, C. de aedificiis privatis, VIII, 10). „Usurarum modus ex modo regionis ubi contractum est, constituitur” (L. 1, D. de usuris, XXII, 1). „Si fundus venierit, ex consuetudine eius regionis in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet” (L. 6, Si fundus, D. de evictionibus, XXI, 2). „Sunt quaedam quae more provinciarum coercionem solent admittere” (L. 9, D. de extraordinariis criminibus, XLVII, 11). „Id sequamur quod in regione in qua actum est frequentatur” (L. 34, D. de regulis iuris, I, 17). On invoque aussi deux textes du droit canonique: le caput Cum venissent, qui parle de la „terrae consuetudo” à propos des actions possessoires (c. 3, X, II, 15), et le caput Raynutius, qui permet „ut deductio (dans une succession) fiat tantummodo de hiis rebus de quibus secundum Tuscanæ

simplex, nec etiam peregrinus, qui consuetudinem ignorabat, tunc posset dici contractum non tenere, quia ambo errabant et nihil potest esse tam contrarium consensui sicut error. ff. de iurisdictione, l. Si per errorem (L. 15, D. II, 1), et sine consensu contractus non tenebat. ff. de actionibus et obligationibus, l. Consensu (L. 2, D. XLIV, 7); C. de actionibus et obligationibus, l. Sicut (L. 5, C. IV, 10). Hoc non placet. Sed dic melius quod in predictis casibus tenet contractus et tenetur stare consuetudini loci ubi contractus celebratus est. Tamen si enormiter laederetur, ex generali clausula restitueretur in integrum. ff. Ex quibus causis maiores 25 annis in integrum restituantur, l. 1 (D. IV, 6). Sed iudex appellationis quid faciet? Servabit ius commune vel consuetudinem suam vel litigantium? Et dicimus consuetudinem litigantium. Infra, de eo qui mittitur in possessionem, c. Cum venissent (c. 3, X, II, 15). . . . Illud tamen nota quod consuetudo loci ubi contractus celebratus est, servari debet. ff. de usuris, l. 1 in principio (L. 1, D. XXII, 1) et loci ubi maleficium perpetratur. Argumentum ff. de extraordinariis criminibus, l. penultima, § Sunt quaedam (L. 9, D. XLVII, 11). Idem etiam credimus si in principali quaestione alia consuetudo iudicis, alia sit litigantium, quia consuetudinem litigantium observabit. Argumentum Infra, de eo qui mittitur in possessionem, c. Cum venissent (c. 3, X, II, 15). C. de consuetudine, l. 1 (C. VIII, 52); C. de aedificiis privatis, l. An in totum (L. 3, C. VIII, 10).” Voir aussi sur les Ferieae à observer par les tribunaux le commentaire sur le cap. 5, Conquestus. X, de feriis, II, 9.

consuetudinem civitatis fieri consuevit (c. 16, X, III, 26).” Nous rencontrerons ces textes, en parlant des actions réelles.

V. *Le droit à suivre dans les actions réelles.*

Une dernière restriction à l'exemption de l'étranger concerne les actions réelles, les „*actiones in rem*”. Innocent IV expose le principe dans son commentaire sur le *caput Postulasti* (c. 14, X, de foro competenti, II, 2). Le seigneur d'un territoire n'a aucune juridiction sur la personne de l'étranger, mais il a autorité sur les biens situés dans son propre territoire: „*in rebus valet statutum vel consuetudo, quia sunt de eius iurisdictione*”. Si donc, écrit-il, un étranger s'est rendu coupable d'un délit à l'égard du maître du territoire ou de l'un de ses sujets, en cas de déni de justice de la part du juge propre compétent, le seigneur ne pourra pas, sans doute, contraindre l'étranger à se présenter devant son tribunal: il n'a aucune juridiction sur la personne du coupable; mais il pourra saisir les biens que celui-ci possède sur son territoire et qui sont grevés de services réels, ordinaires ou non. La raison qu'il allègue semble bien extraordinaire: c'est le canon 2, Cause 23, Question 2, qui porte qu'une guerre est juste si elle est entreprise contre une nation qui „*vindicare neglexerit quod a suis improbe factum est*”. Il déclare encore formellement que le statut ou la coutume concernant les biens oblige l'étranger: celui-ci est donc soumis au statut punissant de la peine de confiscation des biens un délit déterminé. Sans doute, l'étranger doit être d'abord condamné par le juge compétent; mais, comme il s'agit d'une action réelle, le juge compétent est celui de l'endroit où un bien est situé. Innocent IV applique le même principe à d'autres actions réelles: une action hypothécaire, une action possessoire en rétinende d'un bien immeuble en vertu de l'interdit „*Uti possidetis*”. Mais, dit-il, il en serait autrement d'une action en nantissement, „*actio pignoratitia*”, parce que cette action est personnelle ¹⁾.

¹⁾ „*Si autem aliquis habet possessiones in iurisdictione alicuius domini, sed non habet ibi domicilium, et offendat dominum vel aliquem subditum eiusdem domini, ipse per se non potest facere ibi vindictam etiam in possessionibus quas habet in suo districtu, sed iudicem, ubi habet domicilium, adire debet.*”

Dans son commentaire sur le caput *Ex parte* (c. 15, X, de foro competenti, II, 2), le pape admet encore la compétence exclusive du suzerain d'un fief pour l'action en réintégration: *Unde vi*¹⁾.

De plus, dans la décrétale qu'il porta vers 1250, *Romana*, § *Contrahentes*, et qui a été insérée plus tard dans le *Sexte* (c. 1, de foro competenti, II, 2, in VI^o), il attribue au juge de l'endroit le droit de décréter la „*missio in bonorum possessionem*” contre les étrangers qui ont conclu un contrat sur le territoire qui lui est soumis.

Enfin il applique le même principe dans son commentaire au cap. *Per venerabilem* 13, X, *Qui filii sint legitimi*, IV, 17: la légitimation ne produira pas d'effet dans les matières „que sint in alterius praeiudicium, verbi gratia; nam legitimatus ab uno principe vel civitate vel primate non obtinebit ab intestato bona

*Sed si ille iudex non faceret iustitiam, prosequeretur iustitiam suam secundum tenorem canonis (Causa) 23, Q. 2, c. Dominus. Sed si possessiones deberent aliqua munera realia, sive ordinaria sive alia, bene eum per occupationem possessionum quas habet in iurisdictione sua distringeret. C. de sacrosanctis ecclesiis, l. Placet et l. Iubemus nullam (L. 5 et L. 10, C. I, 2). Sed ad respondendum coram se in iudicio non coget eum, nec hoc potest induci consuetudine vel statuto, quia non valet nisi super personis suae iurisdictionis, quale non est hic, quod ille qui non habet sub eo domicilium coram eo respondeat. — Sed hic forte posset statui, quod bona cuiuscunque, qui committeret talem offensam, confiscarentur, vel offensis applicarentur, quia in rebus valet statutum vel consuetudo, quia sunt de eius iurisdictione. Argumentum C. de sacrosanctis ecclesiis, l. Iubemus nullam navem (L. 10, C. I, 2). Nec debet talis consuetudo rumpi per extraneos. 8 *Distinct.* c. Quae contra. Tamen et in hoc casu videtur quod ante occupationem bonorum debet per suum iudicem condemnari, sed in hoc casu cum agit in rem, coram iudice rei de qua agitur conveniatur. C. Ubi de possessione agi, l. una (L. Ubi aut vis, C. III, 16); C. Ubi de fideicommissis, l. ultima (L. Fideicommissum, C. Ubi fideicommissum peti oportet, III, 17); ff. de iudiciis, l. Quod legatur, § Si autem (L. 38, D. V, 1). Et idem est si creditor agit hypotheca, vel Uti possidetis, quia in rem est; secus est, si debitor agit pignoratitia, quia personalis est, ut *Infra*, de pignoribus, c. Cum contra (c. 6, X, III, 21).”*

¹⁾ „Licet hic ianuere videatur quod de restitutione feudi facienda per interdictum *Unde vi*, etiam inter homines alios nedum a vidua possit agi coram ordinario, omisso domino, tamen non est verum. Imo tantum coram domino ad restitutionem rei agendum est, ut notatur *Supra*, titulo proximo, cap. *Cacterum* (c. 5, X, de iudiciis, II, 1).”

hereditaria in terra quae non sit subdita legitimanti, quia sic auferuntur bona consanguineis defuncti vel fisco, qui debet succedere ab intestato" ¹⁾. On aura remarqué la raison qu'Innocent IV allègue: les biens sont situés dans une territoire qui n'est pas soumis à l'autorité de celui qui a octroyé la légitimation.

L'Abbas antiquus lui aussi admet comme principe que dans les actions réelles il faut suivre la coutume de l'endroit où les biens sont situés ²⁾. Goffredus de Trano, sans parler explicitement de l'obligation de l'étranger, enseigne que la compétence „ratione rei sitae" s'applique aussi aux biens meubles ³⁾. Enfin le Spéculateur rapporte une doctrine analogue: la chose est soumise à la coutume de l'endroit où elle est située, parce que „eius ratione quis sortitur forum" ⁴⁾.

En faveur de sa doctrine, Innocent IV invoque des textes du droit romain: les lois Placet et Iubemus (L. 5 et 10, C. de sacrosanctis ecclesiis, I, 2). La première traite de l'immunité de l'Eglise en matière d'impôts, la seconde décide que l'intérêt public doit prévaloir dans le chargement des navires. Nous ne voyons pas quel rapport ces lois présentent avec la question. Innocent IV s'appuie encore sur d'autres textes qui règlent la compétence du juge: l'action possessoire doit être portée devant le juge de l'endroit où le trouble de la possession s'est produit (L. 1, C. Ubi de possessione agi oportet, III, 16); „Fideicommissum ibi petendum

¹⁾ Jean Andreas rencontre cette doctrine d'Innocent IV, dans son commentaire sur la même décrétale, n. 6. Il insiste sur le pouvoir universel du Souverain Pontife.

²⁾ Commentaire au caput Cum venissent (c. 3, X, II, 15): „Consuetudinem, scilicet ubi res est litigiosa. Infra, de testamentis, Ranucius (c. 16, X, III, 26)". Il distingue „l'actio in rem" de „l'actio personalis, in rem tamen scriptam" (c. 15, Ex parte, X, de foro competentis, II, 2).

³⁾ Summa in titulo de foro competentis (X, II, 2): „Item sortitur quis forum ratione rei de qua agitur, ut ibi reali actione conveniatur ubi res est propter quam agitur, ut C. Ubi in rem actio, l. ultima (L. 3, C. III, 19); Supra, de rescriptis, c. Dilectus filius I. Sarracenus (c. 29, X, I, 3), quod quibusdam placuit admittere circa immobilia tantum. Lex tamen praedicta loquitur indistincte et alia ff. de iudiciis, Quod legatur, § finali (L. 38, D. V, 1)." Voir aussi le texte cité ci-dessus, p. 305, note 6.

⁴⁾ Speculum Iuris, Liber II, particula 1, § de feriis, Verbo: Sed pone, t. II, p. 154.

esse, ubi hereditas relictæ est, dubitari non oportet" (L. 1. C. Ubi fideicommissum peti oportet, III, 17); la demande en délivrance d'un legs doit être faite là où le bien se trouve (L. 38, D. de iudiciis, V, 1). Durantis invoque des textes de droit canonique. Les trois premières décrétales qu'il allègue tranchent une question de compétence: si une contestation s'élève entre des évêques appartenant à diverses provinces, le primat désignera comme juges ceux de la province où est situé l'endroit qui fait l'objet de la contestation; la propriété d'un fief doit être revendiquée devant le seigneur du fief; la compétence d'un tribunal est déterminée par la situation de la chose qui fait l'objet de la contestation (cc. 3, 15 et 20, X, de foro competenti, II, 2). Mais il allègue encore d'autres textes plus explicites sur la législation à appliquer. La décrétale Cum venissent permet de trancher une action possessoire suivant la „terrae consuetudo", si cette coutume est louable (c. 3, X, de eo mittitur in possessionem causa rei servandæ, II, 15). Le caput Cum causa fait allusion à la „Veronensis civitatis consuetudinem" pour trancher une action réelle (c. 8, X, de sententia et re iudicata, II, 27). Enfin le fameux caput Raynutius, dans une question de succession, permet „ut deductio fiat tantummodo de hiis rebus de quibus secundum Tuscanæ consuetudinem civitatis fieri consuevit" (c. 16, X, de testamentis et ultimis voluntatibus, III, 26)¹).

VI. *L'obligation de l'absent.*

Sur cette question, Innocent IV et l'Hostiensis appartiennent à des écoles très différentes.

Parlant du précepte pénal — le même principe peut être appliqué à la loi pénale particulière — Innocent IV, reprenant la doctrine

¹) Sur la consuetudo terræ en droit séculier voir E. M. MEIJERS, *Bijdrage tot de geschiedenis van het internationaal privaatrecht en strafrecht*, pp. 52 et ss. et pp. 93 et ss. LE MÊME, *Nieuwe bijdrage tot het ontstaan van het beginsel der realiteit*, dans *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1922, t. III, p. 61 et ss. spécialement p. 66.

de Tancrède ¹⁾ enseigne qu'il dépend de la volonté du législateur d'obliger un sujet qui se trouve passagèrement hors de son propre territoire; bien plus, tant que le législateur n'a pas restreint l'effet de sa loi à son propre territoire, l'absent devra se conformer à celle-ci ²⁾. L'Abbas antiquus, qui parle expressément du statut, admet le même principe ³⁾. L'Hostiensis est d'un avis tout différent: l'absent ne peut être tenu d'un statut hors de son territoire: „Praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet (L. 3 et 13, D. de officio praesidis, I, 18) ⁴⁾. La Glose n'est pas très explicite, mais semble admettre l'opinion de l'Hostiensis ⁵⁾.

Au témoignage de Bartole, cette doctrine est celle aussi d'Odofredus et de d'Albert de Gandino ⁶⁾, mais elle est combattue vivement par l'école d'Orléans. Pierre de Belleperche dit que l'absent ne peut être tenu hors de son territoire; cependant, s'il s'agit d'un délit de droit commun, la peine peut être aggravée.

La doctrine de l'Hostiensis va triompher dans le droit canonique, grâce à la décrétale *Ut animarum* de Boniface VIII.

¹⁾ Voir le texte ci-dessus, p. 309 note 1. Cfr K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 147.

²⁾ Innocent IV commentaire au caput A nobis, cité ci-dessus, p. 310, note 1.

³⁾ Commentaire au caput A nobis: „Casus. Statutum generale episcopi subditos tantum ligat. Et intellige istam sententiam tenere etiam si subditus extra diocesim furtum committat. Secus autem si dixisset: quisquis furtum commiserit in media diocesi, quia tunc subditus extra diocesim minime ligatur”.

⁴⁾ Hostiensis, Summa, titulo de constitutionibus (X, I, 2): „Inferiorum autem constitutio nec generalis est nec omnes astringit sed subditos tantum, quia extra territorium, etc. ff. de iurisdictione omnium iudicum. l. finalis (L. 20, D. II, 1), et quia sententia a non suo iudice, etc. Infra, de consuetudine”. Son commentaire au caput A nobis, cité ci-dessus, p. 311, note 3, est plus explicite. Voir aussi l'addition à la Glose du caput A nobis: „Unde et subditi extra parochiam delinquentes non ligantur, de constitutionibus, c. 2, secundo responso, Libro Sexto (c. 2, I, 2, in VI^o) qui in hoc approbat quod hic notat Hostiensis et reprobat quod notat Innocentius et Abbas, qui distinguebant an simpliciter diceret: Quisquis furtum fecerit, et tunc ligabatur subditus extra diocesim, an diceret: quisquis furtum fecerit in diocesi, quia tunc subditus non ligabatur. Ioannes Andreae”.

⁵⁾ Voir le texte ci-dessus, p. 315, note 1.

⁶⁾ Bartoli a Saxoferrato commentaria ad Codicem, ad legem Cunctos populos (L. 1, C. I, 1), Octavo circa statuta punitoria, t. I.p. 17. Basileae, 1588.

§ 3. LA DÉCRÉTALE *UT ANIMARUM* DE BONIFACE VIII (1298).
ET L'OBLIGATION DE L'ÉTRANGER ET DE L'ABSENT.

I. *Le texte de la décrétale.*

La décrétale *Ut animarum* fut portée par Boniface VIII et insérée dans la Sixième livre des Décrétales pour résoudre les controverses que le caput *A nobis* avait suscitées. Jean Andreae, l'auteur de la Glose ordinaire sur le Sexte, et l'Archidiaconus sont d'accord à ce sujet ¹⁾. D'ailleurs cette circonstance explique comment le pape a traité, dans un même document, de deux questions aussi disparates à première vue : l'excuse de l'ignorance et l'obligation des absents ; c'est qu'elles furent discutées à propos de l'interprétation de la décrétale *A nobis*.

„En vue du salut des âmes, dit Boniface VIII, les statuts des Ordinaires n'obligent pas ceux qui les ignorent, à moins que leur ignorance ne soit „*crassa*” ou „*supina*”. Le statut porté par un évêque : quiconque aura volé sera excommunié, n'oblige pas les personnes soumises à la juridiction de cet évêque, si elles commettent un vol hors du territoire qui lui est soumis, „*cum extra territorium dicenti non pareatur impune*” ²⁾.

La première partie de la décrétale se rattache à l'obligation de l'étranger, la seconde à celle de l'absent. Nous allons exposer quel changement cette nouvelle législation a introduit dans la doctrine, telle qu'elle est exposée par l'Archidiaconus, dans son ouvrage sur le Sixième livre des Décrétales ³⁾ et par Jean Andreae.

¹⁾ „*Haec decretalis edita fuit ad declarationem decretalis de sententia excommunicationis, A nobis, 1, et eius quod ibi notat Ioannes Andreae*” (Glose au caput *Ut animarum*, 2, de constitutionibus, I, 2, in VI^o). — „*Credo hoc caput factum esse ad declarationem eorum que leguntur et notantur, Infra, de sententia excommunicationis, A nobis*”. (Archidiaconus super Sexto Decretalium, ad caput *Ut animarum*, in principio).

²⁾ „*Ut animarum periculis obvietur, sententiis per statuta quorumcunque ordinariorum prolati ligari nolumus ignorantes. Dum tamen eorum ignorantia crassa non fuerit nec supina. Statuto episcopi quo in omnes qui furtum commiserint excommunicationis sententia promulgatur, subditi eius furtum extra ipsius dioecesim committentes minime ligari noscuntur, cum extra territorium dicenti non pareatur impune*”. (c. 2, de constitutionibus, I, 2, in VI^o.)

³⁾ Archidioniaconi super Sexto decretalium uberrima commentaria. Lugduni, 1547.

L'Apparatus ou Glosa que celui-ci composa sur le Sexte et qui en devint la Glose ordinaire fut composé vers 1304; son Apparatus ad Clementinas date de 1326; ses Quaestiones mercuriales, qui traitent des règles du droit insérées au Sexte, sont antérieures à son commentaire ou „Novella commentaria in Decretales Gregorii IX”; celui-ci est postérieur à 1321; son commentaire ou Novella in Sextum fut composé vers 1334—1342. Ses additions enfin au Speculum iuris de Guillaume Durantis datent de la fin de sa vie ¹⁾.

II. L'obligation de l'étranger.

Déterminons d'abord la portée exacte de la première partie de la décrétale Ut animarum. Boniface VIII n'a en vue que les statuts, l'ignorance de la loi particulière, il ne parle pas de l'ignorance du droit commun. D'autre part, il ne restreint pas sa décision aux seuls étrangers. Jean Andreae nous apprend qu'un canoniste d'origine portugaise, Jean de Deo, n'admettait pas l'excuse de l'ignorance, même s'il s'agissait de personnes soumises à l'autorité directe du législateur et que le pape Innocent IV soutenait la même doctrine. Ce n'est donc pas uniquement l'étranger que Boniface VIII avait en vue ²⁾. Toutefois, c'est chez l'étranger avant tout que l'excuse de l'ignorance sera le plus facilement admissible et qu'elle se présentera le plus fréquemment. L'ignorance excusera donc celui-ci, à moins qu'elle ne soit „crassa” ou „supina”, terminologie empruntée au droit romain (L. 6, D. de iuris et facti ignorantia, XXII, 6) et fort courante en droit canonique, employée d'ailleurs à la même époque par Jacques de Révigny ³⁾. L'Archidiaconus nous donne l'explication de ces deux

¹⁾ Ioannis Andreae Apparatus in Sextum, in Clementinas. Nuremberge, Anthonius Koberger, 1486. Pour ses autres ouvrages canoniques (Commentaria novella in decretales Gregorii IX, in Sextum, Quaestiones mercuriales) nous nous sommes servis de l'édition de Venise, 1612. Cfr. SCHULTE, *Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts*, II. p. 205.

²⁾ Ioannis Andreae in Sextum decretalium librum novella commentaria, caput Ut animarum, Verbo Ignorantes.

³⁾ Le texte est cité dans E. M. MEIJERS, *Bijdrage tot de geschiedenis van het internationaal privaatrecht en strafrecht*, p. 89, note 1. Jacques de Révigny semble étendre sa doctrine sur l'ignorance même aux contrats.

termes: „Illa dicitur ignorantia crassa et supina, quando aliquis ignorat id quod publice factum est in civitate . . . Ignorantia vero probabilis excusat . . . Illa vero ignorantia quae est ex culpa nocet”¹⁾. Enfin, le motif même de la loi, malgré le généralité du texte de la décrétale, et malgré son insertion dans la titre „de constitutionibus”, nous permet de conclure que la décision de Boniface VIII ne s’applique qu’aux délits. On ne pourrait pas, sinon, comprendre les mots: „Ut animarum periculis obvietur”. Un délit, même commis par ignorance, pourrait entraîner des peines canoniques, l’excommunication par exemple, qui constituent un péril pour le salut des âmes. Il ne faut donc pas appliquer la décrétale à l’ignorance des statuts en matière de contrat ou d’action réelle: sans doute, le délit commis à cette occasion par ignorance de la loi ne sera pas punissable, mais du fait de cette ignorance, rien ne sera changé à la législation.

Telle est la portée de la décrétale. Voyons-en les conséquences au point de vue de la soumission de l’étranger, *ratione delicti*, à la loi particulière de l’endroit où il a commis un délit.

Jean Andreae, d’accord avec l’Archidiaconus et tous les auteurs, admet la soumission de l’étranger à la loi particulière „*ratione delicti*”²⁾ mais, avec l’Hostiensis, il admet l’excuse de l’ignorance probable³⁾. Il rejette complètement la distinction que fait Bernard de Botone: l’ignorance n’est pas admissible, disait ce dernier, lorsqu’il s’agit d’un délit qui est prévu par le droit divin ou le droit général de l’Eglise; elle l’est au contraire, lorsque la chose n’est défendue que par la loi particulière. Le texte de la décrétale, qui admet manifestement l’excuse de l’ignorance du droit particulier lorsqu’il s’agit d’un vol, d’une chose donc déjà défendue

¹⁾ *Commentarium in caput Ut animarum, Verbo Ignorantes.*

²⁾ *Apparatus in Sextum, caput Romana, 5, de sententia excommunicationis, V, 11, in VI^o. Verbo Sententiae:* Après avoir déclaré que l’archevêque ne peut par son statut particulier lier les sujets des diocèses de ses suffragants, ni même ses sujets „probabiliter ignorantes” il ajoute: „Intelligo tamen delinquentes in diocesi ipsius archiepiscopi scienter illa sententia ligari, quia iam per delictum facti sunt subditi.”

³⁾ *Novella commentaria in quintum librum decretalium, caput A nobis, V, 39, in Glossa II, Verbo Iurisdictionis,* il reprend le texte de l’Hostiensis sur l’excuse de l’ignorance. Voir ci-dessus, p. 313 note 1.

par le droit général, condamne cette doctrine ¹⁾. Il rejette de même la condition que Jacques de Albenga et Innocent IV posaient, pour qu'une loi particulière soit applicable aux étrangers: il ne faut pas, qu'elle s'adresse en même temps aux sujets du législateur ²⁾. Enfin il applique le principe de l'ignorance au précepte. A côté du précepte donné „in modum statutorum”, qui n'est autre chose qu'une loi particulière, il connaît le précepte général, dont il cite un exemple: l'acte d'un juge qui oblige les témoins à comparaître devant son tribunal sous peine d'excommunication (c. 20, X, de iureiurando, II, 24). L'ignorance de ce précepte, dit-il, excuse de la peine; il en est de même de l'ignorance d'un précepte donné à des personnes nommément désignées ³⁾. Il rappelle aussi la prohibition du *caput Romana*, qui détermine à quelles conditions un précepte général ou particulier peut infliger la peine d'excommunication ⁴⁾.

¹⁾ Apparatus in Sextum, c. 2, Ut animarum, I, 2, Verbo Ignorantes: „Contrarium notat Bernardus [de Botone] in prima decretali A nobis et movebatur ex eo quia incidebat in factum iam damnatum et quia in culpa fuit rem prohibitam faciendo et quaerere debuerat, sicut etiam ubi culpa precedit non excusat metus. ff. Quod metus causa [gestum erit], Si mulier (L. 21, D. IV, 2)”. Voir ci-dessus, p. 315, note 1.

²⁾ Novella commentaria in quintum librum decretalium, caput A nobis, Verbo Auctoritas, Andreae rapporte la doctrine d'Innocent IV (ci-dessus, p. 310 note 1). Il ajoute: „Item adverte quia secundum hoc (selon la doctrine d'Innocent IV) contra peregrinos in sua diocesi celebrantes (*sic*), episcopus statutum facere non posset, quod est falsum”.

³⁾ Novella commentaria in Sextum decretalium, cap. Ut animarum, Verbo Per statuta: „Fortius idem in sententiis quas profert non in modum statutorum, cum illae non habeant vim legis nec sint perpetuae, ut notatur in decretali A nobis in fine, penultima glossa. Non intelligo de sententia, quia non ita ligatur ignorans, de qua dic ut notatur, de clerico excommunicato ministrante, Apostolicae (c. 9, X, V, 27) sed quando fertur generalis sententia non in modum statuti, ut notatur in Glossa prima. Pone exemplum de testibus constituendis, Infra, de iureiurando, Ad nostram (c. 20, X, II, 24)”.

⁴⁾ Apparatus in Sextum, caput Ut animarum, Verbo Commiserint: „Contra, Infra, de sententia excommunicationis, Romana, § Caveant (c. 5, V, 11, in VI^o), ubi dicitur quod pro futuris delictis excommunicatio ferri non debet. Solutio. Aliud est ferre in aliquem excommunicationis sententiam pro futuro delicto, ut si dicat: excommunico te si tale quid feceris, quod ibi prohibetur; aliud statutum generale facere excommunicationem fulminans, quod hic permittitur, ut Supra, de sententia excommunicationis, A nobis, 1; vel licet ibi prohibeatur

La doctrine sur l'ignorance du statut particulier, nous l'avons dit, n'était pas admise généralement par les civilistes: l'ignorance n'excuse pas toujours de la peine du statut. Sous l'influence de la décrétale *Ut animarum*, Jean Andreae applique la doctrine canonique au droit civil, dans ses additions au *Speculum* de Durantis ¹⁾. A la même époque, le civiliste français Jean Faber admet

ferri, tamen lata tenet, notat ibi Bernardus [de Botone]; vel si dicatur quod istud commiserint sit praeteritum, nullum contrarium. — Voir aussi l'Archidiaconus, in *Sexto decretalium commentaria*, caput *Ut animarum*, verbo: Ignorantes. — Il est sans intérêt pour notre sujet d'examiner la question si le supérieur du législateur est tenu „ratione delicti”, lorsqu'il transgresse un statut porté par son inférieur. Jean Andreae traite la question surtout dans sa mercuriale sur l'interprétation de la règle de droit *Cum licet*, 52. De même la question du délit commis par un religieux exempt dans son monastère. Voir le commentaire de Jean Andreae sur le Sexte, caput 1, *Volentes*, de privilegiis, V, 7, in VI°. Une „Repetitio” de Raoul de Canaberiis ou de Cheneveriis, professeur à Orléans, faite en 1281, traite la même question. Quelques extraits de ce document sont publiés par E. M. MEIJERS, *De universiteit van Orleans in de XIIIe eeuw*, dans *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1921, t. II, p. 472, note 5. Une autre question a encore été soulevée: celle de savoir si un sujet est tenu de précepte, si sur les entrefaites il a acquis ailleurs un domicile. Voir sur cette question une glose antérieure à 1234, dans K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung*, II, p. 139; Jean Andreae, In titulum de regulis iuris *Novella commentaria*, *Regula Cum sunt partium*, 11, p. 14 v.

¹⁾ Additio ad *Speculum Durantis*: „Facit quod scripsi de foro competenti, Quod clerici (c. 9, X, II, 2). Ego puto per legem finalem proxime allegatam et per decretum secundum, eodem titulo (*Ut animarum*) Libro VI, in casibus hic positus, non dico a pena statuti excusari probabiliter ignorantes, non solum in casibus qui non cadunt in delictum (c'est-à-dire qui ne sont pas défendus par le droit commun), sed etiam in casibus qui cadunt in illud, ut scripsi in predicto decreto 2, in *Novella*, super verbo *Furtum* (c. *Ut animarum*). Iustifico hoc dictum sic. Due ville sunt vicine, altera in diocesi Bononiensi, altera in Mutinensi. Titius unus ex dictis villis vadit cum asino ad aliam et emit corbem frumenti et portat. Quid deliquit iste qui nunquam audivit prohibitionem, et hoc maxime in locis montanis vel alpestribus facile eveniret. — Qualis etiam rigor est dicere quod etiam civis Imole vel Mutine, que loca non distant a Bononia ultra dietam legalem et in illis licite portatur cultellus, intrans Bononiam, ubi prohibita est delatio, illud portat, quod pro hoc puniatur, et eo fortius in plus distante. — Sed econverso fateor quod apud Italicos multos ita est notissima prohibitio victualium deferendarum et armorum saltem offensibilium, quod satis in illis procedunt solutiones predictae; secus in quibus deficeret ignorantia probabilis, propter quod sic servari videmus”. Guilelmi Durandi *Speculum*, Liber IV, de constitutionibus, particula prima, t. III, p. 77.

la même doctrine ¹⁾. Bartole a subi l'influence de cette disposition: si la chose est un délit de droit commun, le statut local sera toujours applicable. Dans l'hypothèse contraire, l'ignorance peut parfois être admise: lorsque l'étranger n'est pas demeuré assez longtemps sur le territoire, pour qu'il fût vraisemblablement en état de connaître le statut local. Même après un séjour prolongé, le délinquant sera excusé, si le fait n'est pas interdit communément dans les villes voisines, à moins qu'il ait connu la prohibition ou que son ignorance ait été grossière. Dans le cas contraire, le délinquant ne pourrait obtenir une absolution complète. C'est l'application de la décrétale *Ut animarum*, à laquelle d'ailleurs Bartole renvoie, comme l'avait fait Jean Andreae, mais avec une exception, de grande importance d'ailleurs, celle d'un délit déjà prévu par le droit commun ²⁾.

Pour terminer cet exposé de la doctrine de l'obligation de l'étranger, disons que Jean Andreae se range de l'avis d'Innocent IV, pour le droit du supérieur de poursuivre devant son tribunal et d'après son propre statut celui qui aurait offensé soit le supérieur lui-même soit un de ses sujets, lorsque le juge du domicile du coupable refuse de faire justice, au cas où le coupable possède des biens sur le territoire de l'offensé ou de ses sujets. Il admet le même principe pour les actions hypothécaires, à l'exclusion des actions en nantissement ³⁾. Il déclare aussi que les actions réelles et concernant le fiefs „*secundum consuetudinem terrae et curiae regis terminantur...* Et idem videtur si de temporali hereditate agitur". Il s'en réfère, en cette matière, expressément à la théorie de l'Abbas antiquus ⁴⁾. Pour les contrats, Jean Andreae se borne à s'en référer au *Speculum* de Durantis: ils sont régis par le statut de l'endroit où ils ont été conclus ⁵⁾.

¹⁾ Ioannes Runcinis dictus Faber, ad legem Cunctos populos, extrait cité par E. M. MEIJERS, *Bijdrage*, Bijlage VIII, p. XXXIII.

²⁾ Bartoli a Saxoferrato in primam partem Codicis commentaria, ad legem Cunctos populos, de summa Trinitate, I, 1, p. 11.

³⁾ Novella commentaria in secundum librum decretalium, c. 14, Postulasti, de foro competenti, X, II, 2, Verbo Privationem.

⁴⁾ Ibidem, c. 9, Quod clerici, X, de foro competenti, II, 2.

⁵⁾ Novella commentaria in Secundum librum decretalium, caput 3, Cum venisset, X, de eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae, II, 15, Verbo Consuetudinem, où il allègue le canon Illa, D. XII.

Il résume lui-même sa doctrine dans son commentaire „in Rubrica, de consuetudine”: „Communiter in principali questione dicunt doctores quod aut consuetudo respicit processum vel ordinationem litis, et eo casu servatur consuetudo loci ubi proceditur vel lis exercetur... aut respicit litis decisionem et servabitur consuetudo loci contractus... et hoc si ius nascitur ex contractu... Si vero nascitur ex delicto, inspici-tur locus delicti... Si vero ius respicit facultatem vel necessitatem circa rem, inspiciitur locus ubi sita est res... Cum enim tractetur de onere rei, inspiciendus est locus ubi sita est res ¹⁾).

III. *L'obligation de l'absent.*

Formellement, la première partie de la décrétale *Ut animarum* ne statue rien sur l'obligation de l'étranger; par contre la seconde partie, „*responsum secundum*”, est très explicite sur l'obligation de l'absent et elle résout plusieurs controverses agitées à la fin du XIII^e siècle. Un statut pénal comminant la peine de l'excommunication à raison d'un délit, n'oblige pas les sujets qui commettraient ce délit hors de leur propre territoire. Boniface VIII consacre par voie législative la doctrine proposée jadis par l'Hostiensis. Il condamne celle d'Innocent IV: tout au moins en matière pénale, il ne peut dépendre de la volonté du législateur d'obliger l'absent. Il condamne en même temps l'opinion généralement reçue par les civilistes. Au dire de Jean Andreae, ceux-ci soutenaient que l'absent peut être lié par un statut pénal qui aggrave une disposition du droit commun, il ne peut être tenu d'une obligation nouvelle établie par le seul droit particulier ²⁾. C'est la doctrine proposée par Pierre de Belleperche, comme nous l'avons

¹⁾ *Novella commentaria in primum librum decretalium*, I, 4, super rubrica de consuetudine.

²⁾ *Novella commentaria in Sextum*, caput *Ut animarum* (2, I, 2) Verbo: *Furtum*: „Et nota per hoc reprobari distinctionem legistarum, qui dicunt quod statutum tunc ligat subditum extra territorium, quando per illud punitur prohibitum lege divina vel communi, ut homicidium, rapina, furtum et his similia, et statutum statuentis subditum ligat ubicunque delinquat... Commiserint. Non dicit in diocesi sua et sic reprobatur Innocentium et Abbatem, qui sic distinguebat, de sententia excommunicationis, *A nobis*, I (c. 21, X, V, 39): aut dicit excommunico qui furtum fecerit in diocesi mea, aut simpliciter. Primo casu non ligatur subditus extra diocesim furtum faciens, secundo casu sic. Approbatur autem hoc dictum Hostiensis, ut etiam ibi dixi”.

dit. Mais, comme le fait observer Jean Andreae, il ne suit pas de cette décrétale, que le délit commis à l'étranger doive demeurer impuni puisque, „ratione delicti”, l'absent est soumis à la loi de l'endroit où le délit a été commis. De plus, le juge du domicile du coupable pourra poursuivre celui-ci, mais il ne pourra lui infliger la peine prévue par le statut particulier du domicile ¹⁾.

La décrétale ne parle que du vol, mais le principe doit s'appliquer à tout délit: „Furtum exempli causa ponitur, nam idem est in quolibet delicto, cum sequens ratio [Extra territorium, etc.] sit eadem” ²⁾. Voire même, dans le sommaire qu'il donne de la décrétale et qui est repris dans les éditions officielles des Décrétales de Grégoire IX, Jean Andreae parle d'une manière absolument générale: „Statutum episcopi extra suam dioecesim subditum non ligat”. Les canonistes presque unanimement ont attribué à la décrétale une portée absolument générale et l'ont appliquée à toutes les matières, même non pénales. Plus tard, ils y ont apporté des restrictions qu'ils n'ont pas toujours justifiées d'une manière heureuse. Nous ne pouvons pas nous y attarder ici, elles n'appartiennent pas à l'époque que nous étudions.

Il est plus important pour nous d'examiner comment les auteurs de la première moitié du XIV^e siècle ont interprété le texte de Paul: Extra territorium dicenti impune non paretur (L. 20, de iurisdictione, II, 1)”, allégué par Boniface VIII.

Au Digeste, le sens du texte n'est pas douteux: un magistrat ne peut exercer l'autorité judiciaire qui lui est attribuée, lorsqu'il se trouve lui-même hors du territoire qui lui a été assigné. Mais ce n'est pas ainsi que Jean Andreae et l'Archidiaconus l'ont appliqué, suivant d'ailleurs la pratique reçue et l'interprétation que nous trouvons déjà dans l'Hostiensis et chez les civilistes. Avec les civilistes, Jean Andreae entend le principe de l'exercice du pouvoir législatif: il rapporte l'opinion des civilistes, sans la combattre: „Quasi iudex non posset talia (iure divino vel communi non prohibita) extendere extra territorium, ut si prohibeat

¹⁾ Ibidem, Verbo Impune: „Nec per hoc remanebit delictum impunitum, de quo punietur per illum in cuius diocesi deliquit: (Causa) III, Quaestione 6, can. 1; de raptoribus, cap. 1 (c. 1, X, V, 17). Item conveniri poterit coram iudice domicilii, ut praedixi”.

²⁾ Ibidem, Verbo Furtum.

carnes quarta feria comedi aut similia". Il ne s'agit pas ici de l'autorité judiciaire, mais du pouvoir législatif ¹⁾. L'Archidiaconus est très explicite sur la personne qui doit être „extra territorium". Ce n'est pas, comme dans le texte de Paul, le juge lui-même c'est le sujet: „Non pareatur impune, hoc vult dicere, si ab eo qui est extra iurisdictionem sui iudicis non paretur ei quod statuit ipse iudex ordinarius" ²⁾. C'est détourner complètement le texte de sa signification. Quoique l'on puisse dire, que le sens du mot „Ius dicere" a pu recevoir une signification plus large, et désigner même l'exercice du pouvoir législatif ³⁾, c'est forcer le sens du texte que d'appliquer au sujet absent, ce que Paul déclare du juge qui se trouve hors de son territoire. Nous avons déjà cité trop d'exemples semblables d'applications non justifiées de textes du droit romain et du droit canonique, pour qu'il soit nécessaire d'y insister. Civilistes et canonistes savaient trop que l'exercice du pouvoir judiciaire était toujours restreint au territoire, pour qu'il faille accepter ici une erreur d'interprétation. Il n'y a qu'un système d'adaptation.

Il semble donc bien établi que Boniface VIII a entendu décider que le législateur particulier n'a pas le pouvoir d'exercer son droit hors du territoire qui lui a été assigné. A-t-il voulu décider que la loi est territoriale, comme on l'a prétendu plus tard? Nous ne le croyons pas. Il a résolu une controverse d'après le système pratiqué couramment, par le recours à un texte du droit romain qu'il n'était pas le premier à employer dans ce sens. Mais il semble très naturel que, plus tard, on ait invoqué la décrétale *Ut animarum* en faveur du caractère territorial de la loi, contre la possibilité d'un statut personnel.

Nous n'avons qu'un mot à ajouter sur l'influence immédiate de la décrétale *Ut animarum* sur la doctrine des civilistes. Le professeur d'Orléans Lambert de Salinis se rallie à la décision de la décrétale ⁴⁾. Cinus de Pistoie, au contraire, ici comme souvent

¹⁾ Ibidem, Verbo Furtum.

²⁾ Commentarium in Sextum, c. Ut animarum, Verbo Non pareatur.

³⁾ E. PACELLI, *La personalità e la territorialità delle leggi specialmente nel diritto canonico*, pp. 4—7. Roma, 1912.

⁴⁾ Sa doctrine est rapportée par E. M. MEIJERS, *Nieuwe bijdrage tot het ontstaan van het beginsel der realiteit*, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1921, t. III, p. 78.

ailleurs, s'en tient à la doctrine de Pierre de Belleperche: le statut peut aggraver une prohibition déjà établie de droit commun, il ne pourrait obliger l'absent, s'il établit une obligation toute nouvelle¹⁾. Bartole, à son tour, ne rejette pas le principe de Boniface VIII, mais il l'interprète: la décrétale ne peut s'appliquer que lorsque le législateur n'a pas manifesté d'intention contraire; il dépend donc de sa volonté d'obliger l'absent. S'il a manifesté son intention d'obliger l'absent, on ne pourrait opposer la décrétale de Boniface VIII²⁾. Balde déclare que celle-ci n'est pas applicable au droit civil, qu'elle ne vaut qu'en droit canonique, ou bien encore, comme le dit Cinus de Pistoie, qu'elle ne s'applique qu'à la peine d'excommunication. Il donne une troisième explication plus intéressante: le juge ne peut exercer son pouvoir judiciaire hors de son territoire; conséquemment, si le statut particulier établit une peine qui est encourue „ipso iure", comme c'est le cas d'une excommunication „latae sententiae", l'absent ne peut en être tenu, car l'application de la peine commence hors du territoire du juge. Si, au contraire, il s'agit d'une peine qui doit être infligée par une sentence du juge, celle-ci peut être infligée à l'absent, car la peine sera infligée dans le territoire même du juge, et à raison de sa contumace, l'absent peut être réputé présent. A plus forte raison, le juge pourrait infliger la peine, lorsque le coupable est rentré dans son territoire³⁾.

¹⁾ Cfr. Bartole, *Commentaria ad primam partem Codicis*, l. Cunctos populos, t. I, n. 47, p. 18.

²⁾ Ibidem, n. 48, p. 19. — Ce n'est pas Bartole qui dit que „Illa decisio (le caput *Ut animarum*) processit ex errore canonistarum", mais c'est, d'après Bartole, Cinus de Pistoie. Cfr Bartole, l. c. n. 47. Corrigez en ce sens PACELLI, o. c. p. 7, note 1. Cinus ajoute d'ailleurs une autre explication: „vel est speciale ibi in sententia excommunicationis": le caput *Ut animarum* n'est applicable qu'à la peine d'excommunication.

³⁾ Baldi Ubaldi *in primum Codicis librum commentaria, ad legem Cunctos populos*, n. 96. p. 8^{vo}. Venetiis, 1586.

DIES E CONDICIO
NELLA COSTITUZIONE DELLE SERVITÙ SU
FONDI ITALICI E SU FONDI PROVINCIALI
(Fr. 4 D. VIII, I)

DI
S. RICCOBONO (PALERMO.)

Il fr. 4 D. VIII, I, di cui in prima linea voglio occuparmi in questo breve articolo, fu sempre per me pieno di mistero. Credo che altri studiosi si siano trovati nelle medesime condizioni rispetto alla intelligenza del testo. Ma esso esercitò sempre su di me una grande attrazione per il motivo che fu il primo frammento che ebbi occasione di leggere da studente, nel 1889, e che mi lasciò sbalordito e sconcertato. Attribuii naturalmente alla mia inesperienza il senso oscuro della decisione di PAPINIANO. Senonchè in seguito, ritornando a lunghi intervalli sul testo, le tenebre più che schiarirsi si facevano più tette. Di questi giorni, il 16 Dicembre 1921, nel mio corso di *Esegesi*, lavorando insieme ai miei valorosi collaboratori, fui ricondotto per un semplice confronto, e senza alcun proposito di tentare ancora una volta le profondità dell'arcano, al noto testo. La lettura questa volta suscitò in me un sospetto, che, seguito da una immediata indagine in quella direzione, mi condusse ad una soluzione persuasiva e plausibile per la intelligenza più piena del passo di PAPINIANO; la quale non solo toglie ogni dubbio rispetto alla dottrina che vi era esposta, ma offre insieme una esperienza non comune per lo studio critico delle fonti romane e per intenderne le vicende fino a GIUSTINIANO. Questo risultato mi accingo a comunicare ai

lettori di questa Rivista, la quale, avendo carattere internazionale ed essendo destinata ai cultori dei vari rami del diritto, più agevolmente, per via di un saggio in cui il metodo della ricerca e i risultati assumono rilievo dalla rapida esposizione, potrà diffondere in una cerchia più larga di studiosi una notizia adeguata dello stato cui sono pervenuti gli studi romanistici nel momento attuale, notevole soprattutto per il fervore delle indagini critiche, ma non in maniera adeguata per il progresso delle dottrine.

E mi permetto di offrire la breve dissertazione, per ricordo, e direi in omaggio se l'offerta in se non fosse troppo tenue, all'insigne Maestro della storia del diritto di tutti i popoli, a PAOLO VINOGRADOFF, che nel giorno in cui il problema sopraindicato fu discusso onorò di sua presenza il mio Seminario.

Il fr. 4 D. VIII, 1, estratto da l. 7 delle *qu.* di PAPINIANO, deve considerarsi in confronto al fr. 77 D. L, 17, derivato dal l. 27 della stessa opera.

Ai fini della dimostrazione metto sotto gli occhi del lettore i due testi, trascritti in ordine inverso:

fr. 77 D. L, 17:

Actus legitimi, qui non ¹⁾ recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem. nonnunquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio extiterit: quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.

fr. 4 pr. D. VIII, 1:

Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia „quamdiu volam”) constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occuretur contra placita servitutem vindicanti; idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.

¹⁾ CUINCIO, *Obs.*, XV, 16, voleva leggere: qui recipiunt, eliminando la negazione, ma naturalmente non trovò seguito.

I due passi non sono in armonia tra loro. Il primo presenta evidentemente una teoria generale ed insegna che dies e condicio, apposte agli actus legitimi che non li comportano, viziano in tutto gli atti medesimi.

Il secondo tratta in particolare della costituzione di servitù prediali, e dice che l'apposizione di termini e di condizioni nell'atto costitutivo vizia bensì l'atto ipso jure, ma nondimeno la servitù viene ad esistenza, ed inoltre, mediante la protezione del pretore, deve attuarsi con quelle medesime limitazioni volute dalle parti nell'atto costitutivo.

La contraddizione è doppia in quest'ultimo passo. Una interna, cioè tra la decisione contenuta nelle parole „constitui non possunt” e l'applicazione particolare della exceptio, la quale si dirige contro la illimitatezza della servitù, che è supposta utilmente costituita. L'altra esterna, in quanto il risultato del fr. 4 viola direttamente il principio generale enunciato dallo stesso PAPINIANO nel fr. 77 cit.

E' possibile ciò? Poteva PAPINIANO non applicare quel principio fondamentale di diritto civile, che egli esponeva non solo nel fr. 77 cit., ma pure nei *libri resp.* come si vede dai *V. F.*, 329, dove si fa pure menzione della mancipatio? E del resto il principio generale, di cui ci occupiamo, è così organico nel sistema dello ius civile romano, che lo vediamo applicato in varie altre forme, es. a riguardo delle condizioni impossibili che inserite nella stipulatio rendono nullo l'atto medesimo. GAIUS, III, 98.

E' certo quindi che il vizio è nel fr. 4, in cui la dottrina, esposta dai giureconsulti romani a proposito del dies e della condicio negli actus legitimi, appare sconvolta.

Il fr. 77 contiene la enumerazione degli actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem. Non tutti gli atti naturalmente sono riprodotti nel testo giustiniano. I Compilatori dovettero eliminare le forme di atti cadute in desuetudine o abolite nel periodo della codificazione, e dovettero d'altra parte modificare la denominazione di alcuni di essi. Così è certo che in luogo di emancipatio ¹⁾ il testo di PAPINIANO faceva menzione della mancipatio,

¹⁾ Così la *Fulgata* e B. II, 3, 77: ἐν τῇς ἀντεξουσιότητος.

come si legge ancora nella Florentina¹⁾; in luogo di hereditatis aditio doveva leggersi cretio²⁾, soppressa vi fu la expensilatio e la datio cognitoris, come provano i *V. F.*: 329; soppressa certamente la in iure cessio; ed insieme alla datio tutoris è probabile che PAPINIANO facesse menzione della optio tutoris e forse dell'auctoritas tutoris³⁾.

Ma tutto ciò non ha grande interesse nella nostra indagine. Piuttosto giova notare, per il significato di actus legitimi, che i giuristi annoverano in questa categoria gli atti che derivano da una lex e in primo luogo quelli, che sia direttamente sia indirettamente, discendono dalla lex duodecim tabularum⁴⁾. Tra i vari testi è significativo in proposito quello di ULPIANO, *Reg.*, XI, 3:

Legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt. *per eminentiam*⁵⁾ autem legitimi dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur.

La terminologia in questo senso ha riscontri vari e sicuri⁶⁾.

Dunque tra gli actus legitimi si annoverano sicuramente la mancipatio, la in iure cessio ed in generale i iudicia legitima⁷⁾. Or gli atti di costituzione di servitù prediali, cui si riferiva

¹⁾ Cfr LENEL, *Pal.*, ad h.l.; WINDSCHEID-KIPP, *Pand.*, 95, n. 2. 2 FERRINI, *Pand.* p. 185; KRÜGER, ad h.l.; LEONHARD, PAULY-WISSOWA *R. Enc.*, v. condicio; MITTEIS, *R. Priv.*, I, p. 169.

²⁾ KRÜGER, FERRINI, ll. cc.

³⁾ WINDSCHEID, l.c. ed ivi per la letteratura. Per l'auctoritas tutoris cfr. fr. 8 D. 26, 8.

⁴⁾ BRISSONIUS, *de V. S.*, v. legitimus. CUIACIO, invece, *Obs.*, XV, 16, identificò actus legitimus a legis actio, contro già I. GOTOFREDO citato da SCHULTING, *Notae ad Pand.*, ad h.l. Cfr. MITTEIS, O. c. p. 35 n. 16, 17 e 169.

⁵⁾ Questa frase non ha riscontro nelle nostre fonti. Se si considera che nelle Collezioni postclassiche e nelle epitomi non sono riprodotte parole greche, apparirà molto probabile che l'epitomatore abbia tradotto in questo luogo la frase κατ' ἐξοχήν usata in proposito dai giuristi.

⁶⁾ ULP., *Reg.*, XII Curatores legitimi qui ex lege XII tab. dantur; fr. 7 pr. D. IV., 5; iud. legitimum. cfr. fr. 2 § 6 D. I, 2; GAI IV, 103 seg; conventio legitima fr. 6 D. II. 14 ritenuto interp. da MITTEIS, l.c. p. 36; cfr. HEUMANN-SECKEL, v. legitimus.

⁷⁾ Gli antichi interpreti dissertarono senza costrutto su questo punto: multi multa scripserunt nota SCHULTING ad h.l. Nè gli umanisti, es. CUIACIO l.c. furono più felici della Glossa. Così GIPHAN, in *Cod.*, ad l. 26 Cod. VI, 37 mette in un fascio atti del ius civile e negozi del ius gentium.

PAPINIANO nel fr. 4. cit. erano senza dubbio la *mancipatio* e la *in iure cessio*, perchè da fonti dirette, cioè da GAIO, II, 29 segg. e dai *V. F.*, 47 segg., noi sappiamo che le servitù sui predi rustici in italico solo si costituiscono soltanto mediante *mancipatio* ed *in iure cessio*, non tenendo conto delle servitù costituite per legato e nei giudizi divisorii. Perciò la contraddizione tra il fr. 77 e il fr. 4 cit. è insanabile. Infatti il fr. 4 nella redazione attuale non solo dà efficacia al *dies* ed alla *condicio* mediante la *exceptio pacti*, ma di più presuppone, come ho osservato sopra, che la servitù medesima sia utilmente costituita, quantunque *ipso iure* si debba intendere costituita senza limiti di tempo o di condizione. Come si vede nel testo c'è un grave sbandamento. La Glossa in definitiva non seppe dare altra interpretazione di esso, e disse che *ipso iure* significa *subtilitas iuris*, mentre l'atto si deve considerare valido *ex aequitate*.

Ma allora ci troviamo impigliati nella contraddizione rilevata sopra. Se l'atto costitutivo è efficace, comunque si consideri questa efficacia, la *exceptio doli* non avrebbe nessuna funzione da compiere nella specie. E se si vuol dire che è valida la costituzione di servitù, ma non il limite appostovi, allora si va ad urtare contro il principio certissimo del *ius civile* enunciato da PAPINIANO nel fr. 77 cit. E così è, e non altrimenti. La costituzione della servitù è presupposta nel passo. Onde le parole *ipso quidem iure* risultano interpelate, come ben vide il DI MARZO ¹⁾, inserite da TRIBONIANO per invertire il contenuto della decisione.

L'uso di frasi simili è frequentissimo nei testi giustinianeî, appunto per significare che la dottrina e la norma enunciata nel testo classico doveva considerarsi una mera sottigliezza nel nuovo diritto ²⁾. Ritengo inoltre probabile che la decisione di PAPINIANO contenuta nelle parole: „*constitui non possunt*”, doveva essere seguita da una motivazione presso a poco di questo tenore: *quia actus legitimi in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem*.

CUIACIO non vide o per lo meno volle dissimulare la contradi-

¹⁾ In *Archivio giur.*, v. 70, p. 6. dell'Estr.

²⁾ Cfr., RICCOBONO, *Dal diritto rom. classico al diritto moderno*, p. 597 segg.

zione tra i due passi di PAPINIANO sopra esaminati. Egli suppose che nel fr. 4 la servitù fosse costituita con una tacita mancipatio, riferendosi evidentemente al fr. 2 D. XVII, 2 dove si parla di una tacita traditio ¹⁾. E per altro rispetto al fr. 77 egli notò che la legge era stata multo *respersa pulvere ab interpretibus*.

In verità la Glossa ed i Commentatori non avevano interesse, nè mezzi, per approfondire quei testi. La Glossa si contentò di redigere un elenco assai ingenuo di actus legitimi, che non recipiunt diem vel condicionem; e poi, rispetto al fr. 4 disse che la costituzione della servitù, cui si apponga un termine e una condizione, è nulla per il rigor iuris, valida ex aequitate. I moderni finora non hanno offerto una migliore spiegazione ²⁾. Scrittori più recenti, è vero, notarono le anomalie che presenta il fr. 4 cit., ma questi appigliandosi ad una risorsa che oggi la critica offre senza alcuna difficoltà, attribuirono a TRIBONIANO tutta la seconda parte del testo sed tamen vindicanti, senza per altro chiarire la cosa nè dal lato storico, nè dal lato dommatico, rispetto cioè alla funzione che il brano insiticio avrebbe dovuto avere nel diritto giustiniano ³⁾.

Contro la critica del testo espletata con la comoda mutilazione della chiusa c'è da dire, che il periodo dannato, meno la frase *tamen si haec*, che serve di giuntura, ha i caratteri ed il ritmo solenne dello stile di PAPINIANO; è c'è da dire inoltre che il periodo finale: idque et SABINUM respondisse, CASSIUS rettulit et sibi placere, avulso dalla base che ha ancora nel testo, si dissecca come un ramo reciso. Certo nessuno vorrà raccordare la citazione con la regola enunciata da PAPINIANO nella introduzione del passo

¹⁾ Ma su questa dottrina e sul passo cit. è da vedere ora il mio lavoro *Traditio ficta* in Z. S. S. v. 34, p. 188.

²⁾ Cfr. MITTEIS, *R. Priv.*, I, p. 192, n. 88; GIRARD, *Manuel*, p. 378, n. 2.

³⁾ FERRINI, *Pand.*, l.c.; BONFANTE, *Ist.*, p. 334, n. 2; DI MARZO, l.c. Naturalmente questi scrittori con quell'espedito poterono gittare a mare tutta la zavorra di congetture e di accomodamenti che si era accumulata sul testo di PAPINIANO. Si veda p. es. la trattazione senza fondamenti e senza verso dell' ELVERS, *Servit.*, p. 176 segg., il quale ammette la validità della mancipatio e della in iure cessio cui siano aggiunte limitazioni di tempo e di condizione, ritenendo soltanto le limitazioni medesime supervacue. ELVERS si appoggia sui *P. F.*, 48-50, che saranno esaminati in altro luogo. ROBY, *Comm. de usufructu*, p. 196, attribuisce a SABINO l'ammissione di servitù ad tempus.

e che riguarda la nullità degli atti legittimi contenenti dies e condicio, perchè PAPINIANO non aveva bisogno di richiamare autorità alcuna per un principio che discendeva dalla più vetusta tradizione del ius civile. Invece la citazione, per la forma marcata in cui è fatta, e per la abituale e, dirò pure, singolare parsimonia di PAPINIANO di riferirsi ad autorità, doveva avere una speciale importanza; onde dobbiamo essere proclivi a connetterla ad una decisione di SABINO che doveva essere nuova nella dottrina e doveva rappresentare un avanzamento nel punto di diritto in esame. Ciò appare assai naturale, perchè tante altre decisioni si riportano al grande giureconsulto del primo secolo, il quale stampò impronta profonda nella giurisprudenza, creando intorno a sè e dietro a sè una scuola perfetta ed austera.

Quale era dunque questa valorosa dottrina di SABINO in ordine al dies ed alla condicio?

I libri *quaest.* dei giureconsulti romani si distinguono per ciò: in essi un punto di diritto è considerato da tutti i lati con uno esame largo ed esauriente, così da offrire una trattazione completa dell'argomento relativo.

Il problema posto nella *qu.* da cui deriva il brano, che è oggetto della nostra indagine, era quanto mai grave, riferendosi ai modi di costituzione delle servitù ed alle limitazioni di tempo o condizioni, che potevano essere considerate dalle parti nell'atto costitutivo. Materia viva, agitata dai bisogni della vita pratica, fortemente compressi nervo et compedibus dalla ferrea disciplina del ius quiritium.

La completezza dell'esame fatto da PAPINIANO appare nello stesso testo, dal § 1, dove, in seguito al dies ed alla condicio, sono considerate tutte le altre modalità, che sogliono stabilirsi nella costituzione di servitù prediali e che servono a determinarne i limiti e i modi dell'esercizio. Onde è assai verisimile che PAPINIANO nel corpo della *qu.* avesse pure trattato dell'apposizione del dies e della condicio nelle servitù su fondi provinciali. GAIO, II 29 e segg., dopo di avere esposti i modi di costituire le servitù, rustiche ed urbane, sui fondi italici, così continua nel § 31:

alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut

non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt.

GAIO congiunge dunque, com'era del resto naturale, i modi di costituzione delle servitù su fondi italici a quelli su fondi provinciali. E perciò possiamo chiedere, qual'era l'effetto del dies e della condicio apposti alla stipulatio adibita per costituire una servitù su un fondo provinciale? E' naturale che i riferimenti ai fondi provinciali dovettero essere tutti sistematicamente soppressi da TRIBONIANO¹⁾. Ciò nondimeno sul problema generale delle limitazioni di tempo, (ex tempore— ad tempus) incluse nella stipulazione siamo bene informati, ed è questo punto che bisogna approfondire, per scoprire, se è possibile, un collegamento fra la costituzione di servitù mediante mancipatio e in iure cessio e quella su fondi provinciali mediante la conventio e la stipulatio, e ciò a riguardo del problema in esame.

Il primo passo che ci offre una nozione chiara e concisa dell'argomento si legge nelle *Inst.* III, 15, 3:

At si ita stipuleris: decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? et pure facta obligatio intellegitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest. Sed heres petendo pacti exceptione submovebitur¹⁾.

L'origine di questo breve tratto è dubbia. La dottrina è notevole. Da essa apprendiamo che nella stipulazione le limitazioni di tempo non viziano l'atto, piuttosto la stipulazione si considera pura. Ma apprendiamo insieme che il pretore accordava la exceptio pacti al promissore, rendendo così efficace quella limitazione che repugnava alla natura del ius stipulationis.

Questo punto è di grande importanza e per fortuna possiamo

¹⁾ Ne è rimasta appena qualche traccia nella nostra materia, es. nella c. 3 C. III, 34, dove tuttavia fu soppressa la menzione delle pactt. et stipulatt. che avrebbe conservato nel testo valore di una forma particolare, e vi furono inserite invece parole generiche: *vel aliae servitutes possunt, si ea praecesserint quae servitutes constituent.*

²⁾ MITTEIS, *Z. S. S.*, 22, p. 135, ritiene in questo passo spuria la parola „annuos”.

approfondirlo con l'esame di altri testi, tra i quali è perspicuo specialmente uno di GIULIANO, riferito così nei *Digesti*:

fr. 56 § 4 D. XLV, 1, *Iul. l. II dig.*

Qui ita stipulatur: decem, quoad vivam, dari spondes? confestim decem recte dari petit, sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est: [*nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est*] ¹⁾ quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. nam et heres, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur.

Gli esempi vari illustrano sotto ogni punto di vista quella dottrina che in succinto abbiamo appresa dalle *Inst.* In essa è rimarchevole che la stipulazione non viene viziata da quelle aggiunte temporali e condizionali, bensì esse pel ius civile sono senza valore. Ne segue che se la stipulazione è concepita con la clausola „quoad vivam” anche l'erede, se si ha riguardo allo ius civile, può agire, per il motivo fondamentale, enunciato già dal testo delle *Inst.* sopra citato: quia ad tempus deberi non potest. Altri testi dicono più determinatamente che i modi di estinzione della obligatio sono quelli stabiliti dal diritto oggettivo, e che quindi quelle limitazioni „quoad vivam, quandiu volam”, sono contro la natura della obbligazione. Su questo punto si hanno confronti numerosi per quanto in testi malvessati; cfr. fr. 41 § 1 D. XLIV, 7.

Ma dal testo di GIULIANO apprendiamo pure che il pretore per via della exceptio pacti diede efficacia a quell'elemento limite della stipulazione. Onde ne deriva che lo stipulante può agire confestim, perchè la obbligazione è pura e senza limiti di tempo, ma l'heres exceptione pacti conventi submovebitur.

Or domandiamo che cosa avviene se la stipulatio riguarda la costituzione di una servitù su fondi provinciali? La chiusa del testo di GIULIANO contempla precisamente questa specie. Che l'ipotesi fatta da GIULIANO nel luogo indicato non si possa riferire ad una promissio servitutis, — come avveniva di frequente in Roma ²⁾ — appare chiaro dalle parole stesse usate dal giurecon-

¹⁾ Per l'interpolazione: *nam ... palam, est.* cfr. BESELER, Beitr., III, 103.

²⁾ Altre volte per garantire la concessione di servitù per semplice emptio: es. fr. 3 § 2 D. XIX, 1, ma di riscontro vedi IAVOL., nel fr. 20 D. VIII, 1. RICCOBONO *Z. S. S.*, v. 34, p. 251; RABEL, *Mél. Girard*, II, p. 396.

sulto: *servitus praedii ita concessa est, ut quoad viveret ius eundi haberet*, che si riportano evidentemente alla costituzione di una servitù per mezzo di stipulazione, sul modello di quelle su fondi provinciali. E GIULIANO anche qui, secondo la dottrina ormai nota, dice che la limitazione „quoad vivam” è inefficace nella stipulazione, ma è resa efficace dal pretore, perchè l’erede pacti conventi *exceptione submovebitur*.

Dire che quest’ultimo brano del testo giuliano sia compilatorio è un sogno. I compilatori mutarono, forse, la frase *ius praedii*¹⁾ scrivendo *servitus praedii* e poterono anche sopprimere la parola *stipulatione* innanzi a „concessa” con la quale il giurista determinava la forma di costituzione della servitù, determinazione che era superflua per i compilatori. Del resto il periodo ha una struttura perfetta. E la importanza del testo è grandissima nella dottrina classica, e questa ormai ci è nota nella sua origine e nei suoi vari aspetti.

Maggiore rilievo acquista l’ultima parte del testo di GIULIANO illustrato sopra, col confronto della chiusa del fr. 4 pr. di PAPI-
NIANO che ci apparve fin’ora avvolta da fitte tenebre.

Entrambi i passi dànno *exceptio pacti* (vel *doli*) contro colui che vuol vindicare la servitù oltre il limite di tempo convenuto.

Nei due testi la servitù è supposta costituita validamente. Il testo di GIULIANO perciò illumina quello di PAPI-
NIANO; e se è innegabile che la *exceptio* si dirige contro la pretesa dell’attore che vuol vindicare o esercitare una servitù illimitata contro la convenzione stabilita dalle parti nell’atto costitutivo, ne dobbiamo necessariamente inferire che, come nel fr. 56 § 4 di GIULIANO così nel fr. 4 pr. di PAPI-
NIANO la *exceptio* si riferiva a servitù prediali costituite mediante stipulazioni, su fondi italici o provinciali. Forse giova pure notare la forma della *stipulatio* riferita da GIULIANO: *ut... ius eundi haberet*, in confronto a GAIO, II, 31: *ius eundi agendi... constituere velit*.

I Compilatori, com’è ovvio, non potevano mantenere nella loro

¹⁾ E’ bene avvertire che GAIO, II, 31, scrive: *similia iura constituere velit*, e noto ciò perchè non si opponga, come ha fatto qualcuno, alla parola *ius* l’altro passo di GAIO, II, 7, in provinciali solo.... *nos.... possessionem tantum vel usumfructum habere videmur*.

opera il riferimento al diritto provinciale comunque vi apparisse e lo soppressero nei due testi. Noto per chi volesse ancora riferire l'*exceptio* del testo genuino di PAPINIANO a servitù costituite nelle forme solenni della *mancipatio* e della *in iure cessio*, che egli ha ora contro la sua tesi non solo il fr. 77 -cit. dello stesso PAPINIANO, ma inoltre quello di GIULIANO, che indubbiamente considera una servitù costituita per mezzo di stipulazione¹⁾. E peraltro l'intimo nesso che esiste fra le due leggi è riconosciuto oggi da tutti.

Se ciò è vero ed è incontestabile, acquista grande rilievo, come si disse sopra, la citazione di SABINO e di CASSIO nel passo di PAPINIANO. Io credo che la dottrina esaminata si deve riportare appunto a SABINO, il quale suggerì al pretore di rendere efficace mediante *exceptio pacti* quella limitazione apposta nella stipulazione, costitutiva di un diritto obbligatorio o di un diritto reale. (*decem quoad vivam — ius praedii quoad vivam — quamdiu volam*). La costruzione di SABINO era sotto ogni aspetto arditissima, dacchè essa rendeva efficace un elemento, che, considerato in sè e rispetto all'essenza del negozio *iuris civilis*, repugnava alla organica struttura del rapporto reale ed obbligatorio del diritto quiritario, SABINO rendeva efficace quell'elemento inerte della stipulazione trasformandolo in una convenzione (*pactum*), idonea almeno a generare una *exceptio*. Che la dottrina, come l'ho esposta sopra, sia nuova, per me non è dubbio. In unaltro scritto mostrerò che si deve appunto alla scuola dei Sabiniani l'affermazione energica del valore della *voluntas* e delle convenzioni negli atti solenni, ed in primo luogo nella *stipulatio*. Qui basta aver svelato, a proposito del punto in esame, uno sfondo più largo, in cui apparisce sulla fine del primo secolo un vivace movimento della giurispru-

¹⁾ Anche da questo passo di GIULIANO io traggio argomento in favore della opinione che ritiene sufficiente la sola *stipulatio* o la *pactio* per la costituzione della servitù provinciale. Nella dottrina di SABINO abbiamo vista che la convenzione è supposta inclusa nella *stipulatio*, mentre nelle province ellenizzate la *pactio* consacrata in un atto scritto adempiva già quella funzione. Ma questo punto è molto controverso, anzi l'opinione dominante, che si appoggia specialmente su TEOFILO ad *Inst.* II, 3, 4, esige il concorso della *pactio* e della *stipulatio*. Cfr. SCHRADER, *Inst.*, ad h. l. e particolarmente PEROZZI, FERRINI, WINDSCHEID, nei luoghi più oltre citati.

denza diretto, direi quasi, a fondere in una teoria generale le due categorie tanto diverse e strutturalmente lontane l'una dall'altra, dei negozi *iuris gentium* e di quelli *iuris civilis*.

E l'esempio messo in luce è senza dubbio assai notevole. La dottrina di SABINO trionfò subito. Accolta da CASSIO, seguita da GIULIANO e poi da PAPINIANO pervenne nei libri *Institutionum* come *ius receptum* ¹⁾. Di essa si hanno tracce in altre opere, che si ricollegano alla scuola di SABINO. Una, specialmente perspicua, mi sembra scorgere nel fr. 27 D.L. 17, estratto da POMONIO, XVI *ad Sabinum*. Il testo fu ridotto in condizioni miserevoli dai Compilatori, ed è ben noto alla critica ²⁾. Io ritengo che tutto il passo fu rifatto da TRIBONIANO. Il principio e la chiusa si aggirano intorno alla nota dottrina, che le convenzioni non possono mutare nè le figure dei negozi giuridici nè il *modus actionum*. Ma il tratto di mezzo appare ora di colore meno oscuro ed è forse il nucleo fondamentale del passo originale: *quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem*.

Nella nuova dottrina di SABINO, esposta sopra, abbiamo scoperto appunto una causa *obligationis* che viene modificata per *pacti conventi exceptionem*, e questa causa è la *stipulatio*, un negozio formale. Il quale perciò trae la sua sostanza dalla *conventio*, fino al punto che quella parte della *conventio* incompatibile col *ius stipulationis*, sia di contenuto obbligatorio o reale, agisce almeno come *pactum*, da cui scaturisce una *exceptio* ³⁾.

¹⁾ Secondo FERRINI, *B. I. D. R.* XIII, p. 174, il passo delle *I.*, III, 15, 3 sarebbe stato tratto da FLORENTINUS.

²⁾ EISELE, *Z. S. S.*, X., p. 322.

³⁾ La dottrina affiora in vari altri testi, che la critica contemporanea ha ritenuti interpolati. E tra essi merita speciale menzione il testo di PAOLO, fr. 44 § 12 D.XLIV 7, dove essa era esposta con larghezza sulla traccia segnata da SABINO e GIULIANO; onde a torto il FERRINI, *Pand.*, p. 174, n. 3, giudica spuria l'*exceptio pacti*, seguito in ciò dal BONFANTE, *Ist.*, (6) p. 334 n. 2 che la respinge nei fr. 4 pr. D.VIII, 1 e 56 § 4 D.XLV, 1; dal DI MARZO, l.c., a riguardo del fr. 4 cit. di PAPINIANO; quest'ultimo ritenuto, invece, genuino, dal COSTA, *Exceptio doli*, p. 133. Sul fr. 44 cit. cfr. anche NOODT, *de Pactis*, 12, il quale ritiene non più necessaria la *exceptio*, in base al fr. 40 D. 12, 1. E NOODT ha ragione in sostanza, dal punto di vista del diritto giustiniano.

Ritorno al fr. 4 D. VIII, 1 per tracciare la forma che esso doveva avere nell'opera di PAPINIANO. La ricostruzione letterale non è naturalmente possibile, ma gli elementi aggiunti e quelli soppressi dai Compilatori possono indicarsi con molta probabilità.

fr. 4	PAPIN.
[<i>Servitutes ipso quidem iure</i>]	Mancipatione vel in iure ces-
neque ex tempore neque ad tem-	sione iure praediorum. . . .
pus neque sub condicione neque
ad certam condicionem (verbi
gratia quamdiu volam) consti-
tui possunt	quia in totum vitiantur per
.	temporis vel condicionis adiec-
.	tionem, [77 D. R. J.]
.	In provinciis... [GAIO, III, 31]
sed [<i>tamen si haec</i>] adiciantur,	[cfr. JALIAN. 56 § 4 D. XLV, 1.
pacti vel per doli exceptionem
occurreret contra placita servi-
tutem vindicanti. idque et SA-
BINUM respondisse CASSIUS ret-
tulit et sibi placere.

Io ritengo che anche nel fr. 56 § 4 cit. di GIULIANO i Compilatori abbiano soppresso il riferimento alla stipulatio provinciale. Ma qui la ricostruzione non è necessaria, perchè il testo tratta ex professo della stipulazione e non può quindi intendersi in senso diverso da quello da me dichiarato ¹⁾.

¹⁾ Si può chiarire meglio il passo, supponendo che i Compilatori vi abbiano soppresso un periodo avente un contenuto come segue:

(Hoc evidentius in his stipulationibus apparet quibus in provincialibus praediis servitutes constituuntur), nam si heres etc Con più prontezza riconosciamo ora, infatti, la soppressione nei testi della stipulatio provinciale usata per la costituzione di servitù. Es. nel fr. 3 pr. D. VII, 1 (GAIO, II, r. cott.) pactio e stipulatio figurano come modi generali per costituire l'usufrutto per atti inter vivos. Nel testo originale si esponevano invece tutti i singoli modi: per legatum (nelle varie per forme) per atti inter vivos e poi nelle provincie. Nel fr. 27 § 4 D. VII, 1 (ULP., *ad Sab.*) era: unde et si (fundo provinciali) per stipulationem servitus debeatur, idem puto dicendum. Nella c. 4 C. III, 34 la chiusa è compilatoria; se nel rescritto erano indicati i modi di

Se è così, la dottrina di SABINO suscita un grande interesse, e potrà più tardi apparire come il punto di partenza di un notevole progresso nella teoria dei negozi solenni del ius civile. Vale la pena per ciò, anche in questo luogo di metterla in luce almeno sotto altri aspetti. E all'uopo vorrei indagare se la scuola di SABINO abbia tentato di applicare la medesima costruzione pure rispetto alla mancipatio ed alla in iure cessio, oltre che nella stipulatio. S'intende che il quesito qui è posto solo a riguardo di elementi inclusi nel negozio che non siano tali da viziare l'atto solenne, e quindi che non siano nè condizione nè termine. Sul proposito c'è, infatti, da considerare un passo estratto da IAVOLONUS l. X ex CASSIO, del seguente tenore:

fr. 13, D. VIII, 3: Certo generi agrorum adquiri servitus potest, volut vineis, quod ad solum magis quam ad superficiem pertinet, ideo sublati vineis servitus manebit: *sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria*. L'interpolazione dell'ultimo periodo, in cui riappare l'ex doli fu notata dal PERNICE¹⁾, il quale appuntò specialmente la frase *in contrahenda servitute*.

L'interpolazione non può essere messa in dubbio, è rivelata inoltre dall'uso del futuro nella relazione dei presupposti di fatto, ed è oggi riconosciuta da tutti²⁾. Ma il giudizio sul valore della decisione e della dottrina non è perciò definito. Per questo rispetto anzi la fonte da cui deriva il passo richiama la nostra attenzione e la riconduce alla dottrina di SABINO esposta sopra.

E la relazione del nostro testo con quella dottrina appare più intima attraverso il fr. 44 § § 1, 2, D. XLIV, 7, di PAOLO, in cui l'esposizione della teoria Sabiniana, fatta largamente, è ancora

costituzione dell'usufrutto, in luogo di *ex voluntario contractu* doveva essere ricordata la stip. provinciale. Nella c. 3 Cod., III, 34, che si riferisce espressamente a servitù costituita in provinciali praedio, la decisione particolare fu generalizzata, ed il luogo delle pact. et stipul. fu posto il periodo: *vel aliae servitutes, si ea praecesserint, quae servitutes constituent: tueri enim placita inter contrahentes debent*, cfr. anche H. KRÜGER, l.c. p. 80 Pel fr. 33, § 1, D. VIII, 3 vedi più oltre; e per tutti i testi citati già PEROZZI, *Rivista ital. di scienze giurid.*, v. 23, e B. J. D. R. v. VI.

¹⁾ Z. S. S., vol. IX, p. 197.

²⁾ COSTA, *Exceptio doli*, p. 133.

visibile. E quivi ritroviamo in corrispondenza alla stipulatio in diem, e dopo l'ex. pacti, fatto il caso del trasferimento del dominio del suolo sine superficie: sic et in tradendo, si quis dixerit se solum sine superficie tradere nihil proficit quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret. Il passaggio dall'uno all'altro esempio appare brusco ed il nesso oscuro¹⁾. Ma nondimeno l'avverbio „sic", destinato a legare le due parti del discorso ed a pareggiare le decisioni, non lascia dubbio sul contenuto generale della dottrina. La quale può così riassumersi: l'ex. pacti vel doli osta allo stipulante che voglia riscuotere il credito ultra diem, così osta al compratore che pretenda, in base all'atto formale della mancipatio, insieme al suolo la superficie esclusa dalla convenzione. Nel passo doveva essere contemplata la mancipatio²⁾, ed io non mi indugio qui a indagare se anche questa applicazione della dottrina sia riuscita a prevalere. La negativa pura e semplice sarebbe certo affrettata. Dacchè un altro confronto è pure da istituire, tra il passo di PAOLO, ora citato, ed il testo di POMPONIO 27 D de R. I. richiamato sopra, dove si legge obligationum causae pactione immutari possunt... per pacti exceptionem. I due testi furono insieme ricollegati da I. GOTOFREDO³⁾, per chiarire l'exceptio pacti, ed io giudico sapiente il confronto.

C'è, dunque, un filo, tenue come si voglia, ma che scorre diritto tra i rottami delle opere dei classici, e rivela la dottrina di SABINO e di CASSIO, mirabilmente svolta nelle sue varie applicazioni.

Or nel fr. 13, che abbiamo sott' occhio, l'ex. doli ha pure fondamento sulla convenzione che è inclusa nella mancipatio o nella in iure cessio destinata a costituire una servitù a favore di una determinata cultura del fondo: velut vineis. La formola usata dall'acquirente doveva essere riferita nel testo, come dirò

¹⁾ Così anche KNIEP, *Vacua possessio*, p. 240, il quale ricostruisce il testo supponendo eliminato da TRIBONIANO un periodo in cui era fatta l'ipotesi, correlativa alla stipulatio in diem, del trasferimento della proprietà ad tempus, seguito in ciò dal MITTEIS, *Priv.*, I, p. 192 n. 88. Io ritengo impossibile siffatta ricostruzione, perchè la mancipatio del dominio ad tempus sarebbe stata totalmente nulla.

²⁾ Cfr. LENEL, *Pal.*, MITTEIS, l.c.

³⁾ Cfr. SCHULTING, o.c., ad l. 27. de R. I.

subito. La decisione era ovvia secondo il *ius civile*. La servitù *ad solum pertinet*, onde rimarrà *sublatis vineis*. Ma che il pretore avesse potuto anche qui attuare la volontà delle parti, che si desumeva dall'atto costitutivo, non è assurdo e non è impossibile. Dato che quella limitazione non costituiva nè una *condicio* nè un *dies*, la *mancipatio* o la *in iure cessio* non era viziata in totum per quell'aggiunta, e anche qui SABINO e CASSIO poterono decidere a favore dell'efficacia di quello elemento, *supervacuo* nell'atto legittimo, utile invece come *pactum* nel diritto pretorio, da cui poteva derivare un' *ex. pacti*. La manipolazione del testo da parte di TRIBONIANO non esclude, come si vede, la classicità della decisione e della dottrina, nell'ambito del diritto pretorio, che, come è noto, adempì mirabilmente la sua missione di attuare l'efficacia di tutte le convenzioni che avessero un contenuto pratico, dirette a soddisfare le nuove esigenze della vita. In ciò si manifesta appunto il carattere più saliente del diritto pretorio, fattore vivo di tutto il progresso del diritto, di fronte alla inflessibilità del *ius civile*.

Ma ai fini della critica del testo per ciò che attiene il lato formale è da notare che la mano dei compilatori non è visibile soltanto nella chiusa, bensì in tutto il brano. La formola della *mancipatio* o della *in iure cessio* doveva essere riferita dai giuristi in una specie così notevole. Non è possibile che il giurista avesse scritto: certo generi *agrorum* *adquiri servitus potest*, per distruggere subito dopo l'affermazione soggiungendo: *ad solum magis quam ad superficiem pertinet*, da cui risulta all'evidenza che la servitù *iure civili* non è acquistata certo generi *agrorum* ma al suolo. Inoltre il *quod causale* con l'indicativo non può addebitarsi a GIAVOLENO. La *Vulgata* e Aleandro differiscono dalla *Florentina* e hanno *pertineat*. E la *Glossa* non soddisfatta della struttura del testo tentò riordinarlo così: *velut vineis, ideoque sublatis vineis manebit, quia ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet*. Ma questa ricostruzione rende più immediata la contraddizione nel passo: certo generi... *adquiri potest*... *ideoque sublatis vineis*... *manebit*, significa che la servitù non può acquistarsi alla superficie, bensì appartiene al suolo, onde la conseguenza nega la premessa.

Il passo evidentemente dovette essere *suntato* dai Compilatori. Ed io suppongo che l'originale avesse press'a poco la seguente

struttura: c. g. a. servitus adquiri (non) potest; velut (si quis dixerit) vineis, (nam) ea ad solum magis *cet.*

Sconvolto il testo dal manipolatore allo scopo di renderlo più semplice, egli dovette poi per far funzionare l'*exceptio* appoggiarla in abstracto su una possibile convenzione: *si in contrahenda servitute aliud actum erit.*

Onde tutto ciò serve a provare, che dimostrata la interpolazione della chiusa del passo non è per tal motivo infirmata la genuinità della decisione e della dottrina, perchè il testo fu tutto manipolato per conferirgli nella codificazione il valore di una norma astratta di carattere generale.

Questa esperienza è da segnare per un giudizio conveniente sul metodo seguito dalla critica odierna, la quale usa scartare senza difficoltà tutto quanto si manifesta per la forma, comunque, irregolare, e lo attribuisce anche per la sostanza a GIUSTINIANO. Errore grave e sommamente pregiudizievole per i risultati delle indagini, in quanto con un metodo siffatto si svalorano testi che contengono elementi preziosi per l'origine e lo sviluppo delle dottrine, o si copre d'oblio la parte migliore dell'opera della giurisprudenza nei primi due secoli dell'impero. Nè occorre citare esempi traendoli dalla ricca letteratura contemporanea, perchè il lettore ne ha uno veramente perspicuo nella dimostrazione che precede, il quale prova con l'evidenza dell'esperimento che senza l'esame delle dottrine la critica è cieca, e perciò incerta e capricciosa.

E riguardo al diritto di superficie, cui si riferiscono i passi esaminati in questo paragrafo, le conclusioni ¹⁾ dei critici si manifestano ora affrettate e incongrue. Dacchè è vero che nel fr. 1, § 7, D. XLIII, 18 è GIUSTINIANO che scrive a riguardo della superficie: *sed et tradi posse intellegendum est, ut et legari et donari.*

Ma la traditio in questo luogo può derivare dalla deductio della superficie nella mancipatio, protetta dal pretore, contro il ius civile, che non ammetteva nè nella mancipatio nè nel legatum separazione di suolo e superficie ²⁾.

¹⁾ Cfr. BESELER, Beitr., I, 102; ALBERTARIO, *Il possesso del superficiario*, 1912, p. 39.

²⁾ Onde nel fr. 86 § 4 D. 30 il legato della superficie al dominus soli non poteva essere dichiarato valido iure civili, bensì efficace iure honorario. Così si spiega la interpolazione evidente del testo.

Lo stesso si dica del § 9 eod. che contempla servitutes a favore della superficies riconosciute e tutelate iure pretorio, contro i principi del ius civile, ed in conformità alla dottrina Sabiniana accertata sopra nell'esame del fr. 13 D. VIII, 3.

E GIUSTINIANO volle anche qui dare al principio una formulazione generale, e porla in evidenza tra le regole fondamentali delle servitù, nel tit. VIII, 1 in cui si legge il fr. 3 così concepito:

Servitutes praediorum aliae in solo aliae in superficie consistunt ¹⁾.

La trattazione di PAOLO fu soppressa. L'estratto rappresenta il risultato complessivo dell'esposizione del giurista, che probabilmente distingueva servitù costituite iure civili e che ad solum pertinent da quelle pretorie, le quali possono anche insistere sulla superficie. Il pareggiamento delle due categorie era compiuto nella codificazione.

L'esempio veramente perspicuo di servitù a favore della sola superficie riconosciuta dal pretore mi porta a considerare altri due casi, molto discussi negli ultimi anni, relativi all'usufrutto su di una servitù prediale, i quali meritano qui di essere esaminati sotto un nuovo punto di vista. Il primo dei due testi deriva da PAOLO, III *ad Sab.*, fr. 1, pr., D. XXXIII, 2: Nec usus nec usufructus itineris actus, viae aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest; nec erit utile ex Senatus consulto quo cavetur ut omnium, quae in bonis sint usufructus legari pos-

¹⁾ Interpreti dominati dallo spirito del diritto classico trovano ambigua la terminologia. Ma in questi casi è l'interpretazione della Glossa sempre decisiva pel d. giustiniano, e la Gloss. ad h. l. dovette ammettere quella da me data sopra come la più vera: vel verius aliae in solo id est in proprietate aliae in superficie ut infra de Superficiebus cet. Dopo questa constatazione non si può più passar oltre alla difficoltà che presenta nel fr. 20, pr., D. VIII, 2 estr. da PAOLO, 15 *ad Sab.*, la frase: servitutes quae in superficie consistunt. Si tratta di servitù urbane? di servitù pertinenti alla sola superficie? Il contenuto del testo non si adatta nè all'una nè all'altra categoria. PAOLO trattava in quel punto di servitù che consistono in un immissum o proiectedum habere in alienum per cui si costruisce un possidere quasi facto quodam. Il testo mostra molti segni di alterazione e quindi anche la terminologia, di cui qui si tratta, mi sembra spuria. Forse i compilatori vollero rendere con una sola frase vari stati di immissa. Ne traggio argomento da POMPONIO 33 *ad Sab.* riportato nella l. 25 eod., dove si leggono le parole: Hoc quod dictum est de immissis locum habet ex aedificio alio in aliud.

sit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit. sed *incerti actio erit* cum herede ut legatario quamdiu vixerit eundi agendi ducendi facultatem praestet, aut *ea servitus* constituatur sub hac cautione ut si decesserit legatarius vel capite deminutus ex *magna causa* fuerit, restituatur.

E' la seconda parte del passo che interessa ¹⁾ nella presente indagine; nella quale sorprende tutta la frase introduttiva *incerti actio erit cum herede*. Ma se il legato è nullo, perchè non è iure civili ammissibile fructus servitutis, come non è ammissibile una servitù a favore di una parte di un fondo (l 11 D. VIII, 1) l'*actio incerti* non può avere alcuna base. Che essa sia la famosa a. *incerti iustiniana*, qualificata pure con l'epiteto *civilis*, è per me fuori dubbio ²⁾. Ma non perciò io oserei col FERRINI sospettare ³⁾ tutto il contenuto del tratto che segue. La struttura del passo è perfetta, la terminologia classica, quantunque la mano di TRIBONIANO si manifesti, oltre che nella frase *ex magna causa* già notata da CUIACIO, nella voce *legatarius*, sostituita come io credo due volte ad una indicazione perifrastica *ei cui*; nella preposizione *sub* innanzi l'ablativo modale, e più ancora nella frase *ea servitus* posta in luogo del *ius eundi* etc che nel testo stava in opposizione alla precedente *facultas eundi*. Ma tutti questi rilievi formali, che si spiegano bene, non possono infirmare il valore del testo che si riallaccia all'opera di SABINO. Si sostituisca al posto dell'*incerti actio* una „formula in factum” e tutto il testo si ravviva. La dottrina di SABINO ha spiegato anche in questa direzione la sua efficacia, e questa volta in una forma più energica. Dacchè data la nullità del legato, non si poteva qui ricorrere alla protezione mediante una *ex. doli* (GAIO II, 198), ma si rendeva necessario

¹⁾ Cfr. per la prima parte il bel lavoro del PEROZZI in *B. I. D. R.*, VI, p. 1. seg. SCIALOJA ivi p. 37. LONGO, ivi XI, p. 315, FERRINI, *Pand.*, p. 492, n. 5, KRÜGER, ad h. l., BONFANTE, *Ist.*, (7. ed.), p. 325, 334 n. 2. Qui basterà rilevare che io ritengo col PEROZZI sostituita da TRIB. la parola *servitus* a *fructus*, e non interpolata tutta la motivazione come vogliono altri degli autori citati. Le osservazioni poleografiche del PERUGI nel *B. J. D. R.*, 29, p. 181 sono senza importanza.

²⁾ Così anche la Glossa, con richiamo alla c. 6 C. IV, 64.

³⁾ Ora anche BONFANTE, *Ist.* (7. ed.), 325 n. 1 segna come intp. la chiusa del passo.

attribuire in un modo qualsiasi al beneficiario l'esercizio di quel diritto disposto dal testatore. E due possibili forme furono applicate: protezione dell'esercizio di fatto della servitù ¹⁾, ovvero costituzione addirittura d'una vera servitù prediale a favore del vicino fondo del legatario, salvo l'obbligazione mediante apposita cautio di restituzione della medesima, si decesserit legatarius vel capite deminutus fuerit. Questo espediente è mirabilmente proporzionato allo scopo che si voleva raggiungere ed alla volontà del testatore. Sono gravi interessi che vengono tutelati dal diritto pretorio, come nel caso che il testatore avesse voluto attribuire ad uno dei figli personalmente, la comodità del passaggio attraverso il portico o la villa lasciata ad altri. PAPINIANO (fr. 6 D. XXXIII, 3)²⁾ considera appunto un caso simile. Nell'ipotesi fatta nella l. 1 in esame ciò non era possibile pel ius civile che non consente l'usufrutto su di una servitù ³⁾. Il pretore attua la volontà del testatore nella maniera più congrua. Segno infallibile della classicità, del rimedio è la formula della cautio (fr. 7, D. VII, 5) con la quale una servitù prediale è quanto alla sua finalità adeguata all'usus o all'usufructus, deve cioè cessare con la morte del beneficiario o con la sua capitis diminutio.

Che i Compilatori avessero potuto pensare in una simile costruzione anche alla capitis diminutio non mi pare probabile.

L'altro passo estratto dal l. IX delle q. di AFRICANO è ancora più sconvolto. Nei *Dig.* è così riportato:

fr. 33, § I, D. VIII, 3:

Per plurium praedia aquam ducis [*quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est,*] neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, [*quamvis*] nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.

¹⁾ Esercizio di fatto che tante volte apparisce pure ordinato dal testatore per via del legatum sinendi modo. Cfr. fr. 16, D. VIII, 4 e su questo passo GRUPE, *Z.S.S.* v. 18, p. 217.

²⁾ Cfr. fr. 4 e 37 D. VIII, 3.

³⁾ Ma nuove servitù si possono sempre costituire per eundem locum: fr. 14, D. VIII, 3; fr. 15, D. VIII, 4; fr. 4, D. XLIII, 20.

La critica a questo testo fatta dal PEROZZI nel 1894 è esauriente ed è mirabile ove si consideri che rimonta a circa un trentennio addietro. Anche la ricostruzione del passo genuino è buona, quanto agli elementi relativi al ius civile contemplati dal giurista, salvo la frase: quoquo modo imposita servitute ¹⁾ che egli mantiene nel testo. Ma d'altra parte il risultato definitivo è unilaterale, si riferisce solo al ius civile senza sospettare una maggiore complicazione del contenuto del testo con elementi di diritto pretorio; la qualcosa non rilevo per muoverne appunto al critico acutissimo e sapiente, ma per notare che ora come tren'anni addietro nell'esame dei testi sono gli elementi del ius civile che attraggono maggiormente l'attenzione, laddove quelli pretori restano nell'ombra e per lo più sono ignorati. E' questa appunto l'eredità del passato, di tutte le scuole che considerano sempre il diritto romano, come nella sostanza, aveva voluto rappresentarlo, il legislatore, come un corpus unitum, eredità che pesa ancora enormemente sul nostro sapere e che ci vela la visione più netta e completa dello sviluppo del diritto romano.

Io dico, più abominevole è la forma che un testo ha assunto nella codificazione, e più cautela è necessaria nella critica e nella ricostruzione del passo. Da un testo semplicissimo, come lo suppone il PEROZZI, formato di elementi del ius civile, ben visibili, i Compilatori non avrebbero potuto costruire un portentum. Conosco parecchie decine di passi nei *Digesti*, i più dannati, e che per altro verso sono i più interessanti per la conoscenza delle dottrine e degli istituti giuridici. Ed il PEROZZI converrà ora con me che i Compilatori non avrebbero avuto occasione e motivo di inserire due volte nel passo manipolato la menzione della pactio e della stipulatio ²⁾.

¹⁾ La frase „imposita servitute” è sospetta in vari passi, ove si attenderebbe una determinazione della forma della costituzione della servitù, che è richiesta dall'andamento del testo: fr. 5 § 3, D. XLIII, 19; cfr PEROZZI, *Rivista ital. cit. v.* 23 p. 55; fr. 27 § 4 D. VII, I; cofr. IHERING, *Gesamm. Aufs.* II, 333; fr. 1 § 23 D. XXXIX, 3, e su questo passo BONFANTE, *Ist.* (7), p. 331. n. 2.

²⁾ In questo senso il LENEL, *Pal., Africani* 112, il quale attribuisce al testo classico la menzione della pactio et stipulatio nel centro del passo. Ma gli scrittori seguono ora il PEROZZI; cfr. RABEL, *Mél. Girard*, II, 293 ed ivi citati; ARANGIO RUIZ, *Ist.*, p. 125; COSTA, *Le acque nel diritto romano* 1918, p. 47. Nel riprodurre il testo, come ho fatto sopra, io non ho inteso farne la ricostruzione, ma indicare solo gli elementi interpolatizi.

Bastava una volta; e la sconsideratezza o la incapacità non si deve presumere, non abbiamo anche oggi motivo a presumerla. E poi, era per il giurista così indifferente la forma della costituzione della servitù? e se indifferente perchè ricordarlo con quell'ablativo assoluto? La risposta a questi interrogativi può essere data dalle ricostruzioni che segue.

AFRICANO nella *q.* contemplava in primo luogo la servitù di acquidotto costituita iure civili e cioè vel mancipatione vel in iure cessione, vel legato vel adiudicatione, cui seguiva la inammissibilità della cessione dell'*haustus ex rivo*; quia nullum cet. Ma soggiungeva che se la servitù d'acquidotto era costituita pacto vel stipulatione et hoc (ius) concedi solet. La struttura del passo, complicata per l'opposizione tra servitutes costituite iure civili e servitutes tutelate iure honorario, può spiegare l'estratto abominevole che i Compilatori ne cavarono, al fine di eliminare il contrasto, dando come al solito la prevalenza al ius honorarium.

Interpolazioni corrispondenti si riscontrano nella materia. Così nel fr. 9, D. VIII, 3:

.... hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.

Il solet, anche qui, è ricavato dai testi che ricordavano le consuetudini provinciali; non si riporta nè ad usi postclassici, nè a riforme del legislatore.

fr. 1, § 7, D. XLIII, 20:

Haec interdicta de aqua, item de fonte ad eam aquam pertinere videntur quae a capite ducitur, non aliunde: harum enim aquarum [*etiam servitus iure civili*] constitui potest.

La critica di questo passo presenta gravi difficoltà, perchè l'int. de aqua cott. et aestiva, che è annoverato tra gli interdicta mixta, è per molti riguardi ancora inesplorato¹⁾. Ma è evidente che il testo in esame non potè essere scritto così da ULPIANO. Se l'interdetto è dato per l'acqua che si deriva a capite è perchè presuppone una servitù costituita iure, e non si dà per acque derivate aliunde, es. ex rivo, delle quali non è possibile la costituzione di una servitù secondo il ius civile.

Il testo ufficiale è perciò contraddittorio.

¹⁾ Cfr. BERGER, *Interdicta mixta*, Studi in onore di Simoncelli, 1915, p. 173 segg.

ULPIANO avrà scritto forse: *harum enim aquarum etiam (haustus et ductus, praetorio iure) constitui possunt.*

Intendeva così escludere l'applicazione dell'interdetto, in cui si esige l'esistenza del ius (§§ 9, 10 eod.)¹⁾. La tutela invece delle servitù pretorie di derivazioni d'acqua avveniva con azioni in factum come si desume dai fr. 26, D. XXXIX, 3 e 10 D. VIII, 5. Cfr. LENEL, *Ed. p.*, 361 e RABEL, *Mél. Girard*, II, p. 411 en 409²⁾.

Il quale ultimo, specialmente, apparisce in più luoghi ritoccato dai Compilatori, ma non al punto da doversi scartare per la conoscenza del diritto classico³⁾.

Notabile in special modo mi sembra il pr. dove si dice: non est necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato (vel alio modo), e con evidente rilievo del contrapposto, cioè dell'esercizio di servitù pretorie, cui l'azione si riferiva; e il § 1 dove la funzione dell'actio si pareggia a quella dell'interdetto per le servitutes iure constitutae, la quale frase fu naturalmente mutata dai Compilatori nell'altra: *exemplo ceterarum servitutium.*

Questi confronti, che non possono in questo luogo essere proseguiti più oltre servono a chiarire il fr. 33 § 1 D. VIII, 3, ma riflettono luce anche sugli altri passi esaminati sopra, nei quali abbiám visto elementi vivi del diritto pretorio che si innestano sul ius civile, per attuare i fini più svariati che non si potevano raggiungere nell'ambito del diritto quiritario⁴⁾.

¹⁾ Sulla quistione cfr. PERNICE, *Z. S. S.*, v. 17, p. 203 ed ivi citati. I due §§ sono per altro assai sospetti nel senso che nel § 9 furono soppressi i titoli iure civili della derivazione d'acqua, nel § 10 reso efficace il titolo putativo. La forma dei passi è pessima, le difficoltà della dottrina non superate.

²⁾ Insigne l'analisi della Glossa in questo punto. Gl. aliunde: hoc iure veteri, hodie secus con richiamo alla l. 9. D. VIII, 3. Gl. etiam servitus: vel dic etiam iure civili, non solum pretorio. quandoque etiam non civili sed praetorio tantum constituitur servitus aquae, con richiamo alla l. 28 D. VIII, 2.

³⁾ Per la critica di questo passo v. PEROZZI, *Rivista ital. per le scien. giur.*, v. 23, p. 57 dell'Estr. per l'importanza posta in rilievo nel testo. Cfr. JHERING, *Gesam. Aufs.*, II, p. 337, n. 213.

⁴⁾ In relazione ai passi esaminati altri ne offrono le fonti che hanno un contenuto più semplice. Così nel fr. 29, D. XXXIII, 2, GAIO tratta del legato d'usufrutto destinato per fedecommissio ad un terzo. Il legatario muore, dovrebbe pure estinguersi il fedecommissio. Ma il testo continua: tamen praetor iurisdictione sua id agere debet ut idem servetur quod futurum esset, si ei cui ex fideicommissio restitutus esset, legati iure adquisitus fuisset. Onde, la cautio

E l'importanza di tutte quelle nuove applicazioni del diritto pretorio risalta ora in varie direzioni.

a) Tutte le regole che governano le *servitutes iure constitutae* e cioè che; esse non sopportano nè *dies* nè *condicio*; *nemini res sua servit*; *fructus servitutis esse non potest*; *servitus ad solum non ad superficiem pertinet*; *aqua a capite ducitur*, rimasero tutte in vigore e inalterate nel sistema del *ius civile*, perchè non era nei poteri della giurisprudenza di infrangerle o attenuarle comunque. E se LABEONE, in materia di acque (fr. 24, D. VIII, 3; fr. 2, D. XLIII, 21) tentò, di fronte agli urgenti bisogni ed agli abusi della pratica, di escogitare il riconoscimento del comodato dell'acqua o delle facoltà d'uso esercitate dai rivali, PROCULO richiamò tosto il suo maestro alla realtà delle cose, notando che l'uso dell'acqua è inalterabile secondo la forma della servitù costituita.

b. La dottrina di SABINO, invece, apriva la via a tutte le più svariate applicazioni che la volontà delle parti e le esigenze agrarie potessero richiedere.

Ma SABINO dovette appoggiarsi al dritto pretorio, il quale è sciolto da tutti i vincoli che il *ius civile* trae seco, ed ha tutta l'autonomia e l'adattabilità di cui può aver bisogno. Le consuetudini delle regioni più varie dell'Impero, d'altra parte, potevano dare utili suggerimenti. Ma il principio fondamentale, che doveva costituire il punto di partenza di tutti gli sviluppi ulteriori, era da mettere in rilievo con la definizione della servitù costituita sul suolo provinciale.

Quivi *pactio* et *stipulatio* sono costitutive della servitù con carattere reale, come la *mancipatio* e la *in iure cessio* o il *legatum* pel *ius civile*. Ma la differenza è tuttavia notevole sotto tutti gli aspetti. E cioè, la servitù provinciale è riconosciuta come tale dal diritto onorario e perciò sottratta a tutte le regole del diritto

recta via di cui tratta il fr. 9, pr. D. VII, 9, appare classica, per quanto il testo abbia segni evidenti d'interpolazioni. Anche il riconoscimento del pegno d'usufrutto rientra in quest'ordine di provvedimenti pretori: cfr. fr. 18, D. XIII, 7, fr. 1 § 2 D. XX, 1. Quest'ultimo passo è manipolato, ma l'ex. in factum è senza dubbio classica. Invece nel fr. 12 cod. se il giurista prospettava il problema del pegno di servitù, la decisione che vi si legge è compilatoria: *quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est*. Per la letteratura su questo passo v. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, p. 45, n. 2.

quiritario. Anche se costituita con la forma della stipulatio, le limitazioni di tempo o condizionali non rendono nullo l'atto, ma si considerano supervacue. Anche se stabilite a favore della sola superficie, o come semplice usufrutto di una servitù esistente, o come concessione di derivazione d'acqua ex rivo a favore degli stessi fondi serventi o di fondi attigui ai serventi, esse vengono protette nella giurisdizione pretoria con mezzi speciali, analoghi a quelli delle servitù civili. Questa condizione privilegiata della servitù provinciale fu messa certamente in evidenza e sviluppata da SABINO e dalla sua scuola. Il vantaggio che essa presentava di fronte al sistema del ius civile era immenso. Sul suolo italico per ciò, come non si può negare la proprietà iuris gentium dei peregrini¹⁾, così non si può escludere l'esistenza di servitù costituite pactionibus et stipulationibus, attive e passive sui medesimi. Ed ammesso il principio non si sa vedere come mai il pretore avrebbe potuto negare la tutela onoraria a queste forme di servitù stabilite su fondi di dominio quiritario²⁾. L'esclusione sarebbe apparsa incompatibile con la natura e la funzione del diritto onorario, tanto più ove si consideri che il territorio del ius civile era ormai divenuto troppo vasto per potere sottostare, senza correttivi, al rigore inflessibile del diritto quiritario. Il dire che mancano testimonianze dirette per queste affermazioni è dir niente. Dacchè se in molti passi del Corpus iuris le due categorie di servitù — civili e pretorie — erano considerate insieme, a proposito come sembra di tutte le singole regole che governano le servitù civili, e per desumerne conseguenze diverse ed opposte, ciò può indicare, e dimostra anzi, che il sistema pretorio per la sua grande utilità aveva in questa materia preso il sopravvento su quello civile, specialmente in virtù della dottrina Sabiniana.

c. Nel diritto giustiniano l'unificazione di tutte le categorie di servitù — civili o pretorie — riuscì molto agevole. Come la longi temporis praescriptio provinciale prese nel nuovo diritto il

¹⁾ Cfr. MITTEIS, *R. Priv.*, I, p. 117, n. 15.

²⁾ In questo senso GIRARD, *Manuel*, p. 373; KRÜGER, *Die prätor. Servitut.*, p. 23. L'opinione dei più recenti scrittori è decisamente contro v. BERGER, in *Z. f. Priv. und öffentl. Recht*, v. 40, (1913) recensione del libro cit. del KRÜGER, p. 5, 6 ed ivi per la letteratura; PETERS, *Z. S. S.*, v. 33, p. 596; R. v. MAYR, *R. Rg.*, IV, p. 112.

posto della usucapio del jus civile, così per le servitù le forme di costituzione del jus civile furono surrogate dalla pactio et stipulatio, come si legge nelle *I. II, 3, 3*, la quale forma fu assunta con la sua struttura più larga e moderna, idonea per le più svariate applicazioni. Il lavoro dei Compilatori si dovette limitare a semplificare i passi, complicati a causa del continuo contrapposto tra le forme civili e pretorie, che emergeva in ogni singola questione. Le forme solenni del jus civile scomparvero. Dovevano cadere insieme tutte le regole speciali proprie alla struttura delle servitutes del diritto quiritario; ma i Compilatori, come al solito, credettero di potere innestare il nuovo diritto sul vecchio ceppo e mantennero pure nei testi il ricordo delle antiche regole. Certo però il vigore delle stesse era paralizzato. Su questo punto il dubbio non è possibile, perchè è evidente lo sforzo dei Commissari di elevare alla dignità del jus civile le servitù provinciali e pretorie, e rispetto alla costituzione e rispetto al contenuto ed alle più svariate applicazioni, che erano incompatibili con i principi delle servitù jure constitutae. Così in definitiva era ammessa la validità di adiectiones di tempo o di condizione nella costituzione di servitù (fr. 4, pr., D. VIII, 1 e 56, § 4, D. XLV, 1); la servitù a favore della sola superficie era organicamente fissata nella suprema classificazione delle servitù medesime (fr. 3, D. VIII, 1, fr. 13, D. VIII, 3); diritti di attingere o derivare acque venivano ammessi ex quocumque loco, espressamente indicati juris civilis (fr. 9 D. VIII, 3; fr. 1 § 7, D. XLIII, 20); e ciò in opposizione diretta ed espressa a due principi dell'antico jus civile, cioè che nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest (fr. 33, § 1, D. VIII, 3); e parimenti si concedeva un'azione civile per la costituzione di una servitù avente il contenuto ed il valore di fructus servitutis (fr. 1. D. XXXIII, 2). Nella unificazione di tutte le categorie di servitù è naturalmente pure scomparsa la tutela speciale delle servitù pretorie, dacchè nella procedura extraordinem la difesa dei diritti, di qualsiasi natura, ha assunto la forma di una actio (*I., IV, 15, 8*). Se nel Corpus juris sono ancora tracce perspicue del sistema classico, rispetto alla struttura ed alla tutela delle varie categorie di servitù, ed in particolare in ordine al vigore delle regole proprie alle servitù civili, che generano discordanze e difficoltà di interpretazione nei testi,

tutto ciò addebitare devesi all'imperfezione dell'opera ¹⁾. Ma noi non dobbiamo fare sfoggio del senno del poi. Il legislatore operò costantemente con quei metodi. Un'opera di compilazione costruita con materiali antichi, così complessi, non può riuscire intelligibile fermandosi all'analisi dei singoli testi; ma deve soprattutto essere intelletta nelle grandi linee, nelle sue direttive generali, che emergono dall'insieme delle interpolazioni che debbono essere considerate come la più verace espressione del contenuto e dello spirito dell'opera. Molti elementi allora nel sistema del nuovo diritto appariranno, quali sono, come punti morti, aventi un valore puramente storico. Per questo rispetto i Glossatori si trovarono nelle migliori condizioni per intendere più pienamente l'opera di Giustiniano, ed essi furono i veri interpreti del Corpus juris.

Ecco uno squarcio di storia dell'istituto delle servitù, in cui l'attività della giurisprudenza ne appare mirabile fin dal 1° sec. dell'Impero, rivolta ad utilizzare la forma più agile della servitù provinciale per soddisfare impellenti bisogni della pratica, anche sui fondi italici, pei quali lo jus civile con le sue regole antiquate ed inflessibili non aveva modo di provvedere. La giurisprudenza aveva così rebus ipsis dictantibus preparata l'unificazione dell'istituto delle servitù, compiuta poi da Giustiniano. Nè il processo storico qui descritto è singolare; chè piuttosto è quello normale, che si riscontra perennemente in tutti gli istituti, mercè l'ausilio del diritto onorario, che adempì mirabilmente la sua missione di fronte alla immobilità del jus civile. Legati e fedecommissi presentano lo stesso sviluppo. Questo confronto fu fatto già da IHERING, il quale con una visione larga dell'orizzonte giuridico romano, che ben s'addice all'autore dello „Spirito del diritto romano” tracciò almeno la linea generale dell'istituto delle servitù. Le pagine del IHERING relative a quest'argomento furono tenute in nessun conto dalla critica più recente ²⁾. Ed in verità nella dissertazione del JHERING non solo mancavano le basi testuali, ma vi apparivano in prima linea brani e frasi che la cri-

¹⁾ Nel dir ciò tengo presente l'opinione particolare del COLLINET, che considera, anche per il diritto giustiniano, come pretoria la servitù costituita traditione — usu: *Mél. Girard*, p. 185 ss. Vedi in proposito BERGER *Z. f. d. Priv. und öffentl. R.*, v. 40, p. 7 (Estr.)

²⁾ Cfr. PEROZZI in *B. I. D. R.*, v. VI, p. 28 n.l.; RABEL, *Haftung* cit., p. 63.

tica riconobbe di conio bisantino, onde essa si credette autorizzata a scartare i testi e i risultati fondati sui medesimi.

Ma inoltre nella dottrina esposta da Ihering c'era un vizio radicale che la infirmava; quello di considerare la *pactio* e la *stipulatio* come costitutive di un rapporto obbligatorio non di un *jus in re aliena*. E questo rapporto obbligatorio era ritenuto legato attivamente e passivamente al fondo, per rendere possibile nelle province la costituzione di un diritto analogo alla servitù romana. Costruzione ibrida e sforzata questa, che se era tollerabile presso gli scrittori antichi ¹⁾ non è più ammissibile di fronte al testo di GAIO II, 31, che dice esplicitamente potersi quelle medesime servitù costituire nelle province *pactionibus et stipulationibus*.

Ma nondimeno la visione generale del problema è esatta, quantunque i testi richiamati a sostegno siano interpolati. E ciò non è nuovo e non può sorprendere; perchè, come ho detto sopra, i testi manomessi dai Compilatori non si cancellano, come si suol fare, con un tratto di penna, riportando essi molto spesso elementi classici pur nei brani più sconnessi per la logica e deplorabili per la forma. Ma a questo punto è opportuno che io riporti le parole stesse di JHERING, affinchè la rappresentazione dello sviluppo storico delle servitù nel mondo romano non perda in una traduzione sbiadita la freschezza e la forza che lo stile del grande scrittore le conferisce. JHERING vuol dimostrare che, come il fedecommesso rese possibili elargizioni testamentarie a peregrini che non avevano capacità di ricevere per testamento nelle forme di legati, così la *pactio* e la *stipulatio* fu utilizzata per creare nelle province diritti analoghi alle servitù romane. Sul proposito scrive:

„Das Fideicommiss wie die Provinzialservitut haben dieselbe Geschichte.... Der Weg, den sie einschlagen, um diese Lücke auszufüllen, ist ganz derselbe; was das Civilrecht in Gestalt des Eigenthums oder des *jus in re* erreicht, verfolgen sie in Gestalt der Obligation. Aber der Zweck, dem die Obligation hier dienst-

¹⁾ Si riscontra già in CUIACIO, *ad Afric. l. IX*, vol. IV, p. 382. E tuttavia la negazione dell'effetto reale della *pactio et stipulatio* è sostenuta pure da recenti scrittori; vedi in proposito BERGER, *Zeitschrift* cit., p. 8.

bar wird, und das Vorbild, das ihr vor Augen schwebt, hebt sie über die Beschränktheit, die ihr im Civilrecht anhaftet, hinaus und macht sie in etwas anderer Form der Dinglichkeit theilhaftig, welche das alte Civilinstitut besitzt. So giebt die Unbeweglichkeit des römischen Sachenrechts den Anstoss zu einer um so freieren Entfaltung des Obligationenrechts. Hervorgerufen zunächst durch die Rücksicht auf die ausserrömischen Kreise, bür-gen sich beide Formen auch auf römischen Grund und Boden ein. Wie die in der Form des Legats völlig fixirte und der Erstarrung anheimgefallene Idee des Vermächtnisses im Fideicommiss einen frischen Schossling reicher, lebensvoller Gestaltung treibt, so die Idee der Prädialservitut in der neuen, durch keine Vergangenheit gebundenen Form der Provinzialservitut. Zwecke, die in der altcivilen Form keine Befriedigung finden können, werden dem Römer erreichbar in Formen, die ursprünglich nicht für ihn bestimmt, die für ihn bestimmten des Civilrechts in ihrer Entwicklung überholt haben. So erscheinen denn beide Formen zugleich als Institute des römischen Rechts — so häufig uns das Fideicommiss neben dem Legate, so häufig begegnet uns die Stipulationsservitut neben der civilen — bis dann endlich Justinian dem Gegensatz, der seine innere Bedeutung längst verloren hatte, ein Ende macht und für beide Institute die Summe der gesammten Entwicklung des alten und neuen Rechts zusammenfasst, indem er für die Prädialservitut von dem Civilrecht die *confessoria actio* und die civile Servitutentheorie, von dem Provinzialrecht die Erweiterungen der letzteren, die Bestellungsform durch Vertrag und die *longi temporis possessio* entlehnt" ¹⁾.

Io non dubito di asserire che in linea generale, senza attendere a certi particolari erronei o discutibili ²⁾, JHERING ha in questa

¹⁾ *Passive Wirkungen der Rechte, Gesamm. Aufsätze*, V. II, p. 336.

²⁾ È doveroso però notare che la materia è divenuta addirittura caotica per la grande discrepanza di opinioni degli scrittori più recenti su i singoli punti: funzione della *stipulatio* accanto alla *pactio*; effetto reale o obbligatorio; limitata alle province o estesa all' „Italia“; se occorra per gli antichi interdetti la prova del *ius*; se esistano anche nel dir. giustiniano servitù pretorie. Cfr., oltre gli autori citati, WINDSCHEID, *Pand.*, § 212, n. 1; LENEL, *Jahrb. f. d. Dogm.*, v. 19, p. 184; COLLINET, *Etudes hist.*, I, p. 161; RABEL, *Grundzüge*, § 49; ARANGIO RUIZ, *Archiv. guir.*, v. 81, p. 457; COSTA, *Le acque cit.*, 49, n. 2; 54.

pagina tracciato con mano maestra un brano di storia e di dogmatica guiridica, che la indagine critica contenuta in questo scritto ha pienamente confermato. La rigidità e la immobilità del ius civile non nocque in Roma al progresso della vita civile e della giurisprudenza, appunto perchè la direzione suprema di tutto il movimento del diritto fu assunta dal pretore, che con la guida sapiente dei giuristi potè soddisfare tutte le esigenze della pratica, superando con tutti i mezzi i limiti inviolabili del ius civile. E l'esempio qui illustrato ha, come ognuno deve riconoscere, un grande valore dal punto di vista della pratica¹⁾, e getta nuova luce sulla definizione del diritto pretorio tramandataci dallo stesso PAPINIANO (fr. 7, § 1, D. 1, 1): ... est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia.

¹⁾ Aggiungo quest' osservazione per rispondere all' argomento del RABEL, *Haftung des Verk.*, p. 64, n. 2, il quale dice che il riconoscimento della costituzione di servitù su fondi italici per mezzo di stipulatio non era necessario, perchè vi provvedeva il testamento e la mancipatio. Evidentemente al RABEL sfuggiva scrivendo ciò che la disciplina del ius civile era troppo arcaica in questa materia di fronte alla pressione di nuove vive esigenze della pratica.

DROIT ET CULTURE

PAR

FREDRIK STANG (CHRISTIANIA).

Dans la science du droit s'affirme depuis quelques années la tendance à rattacher le droit à la culture par des liens étroits et solides. Le droit, dit-on, est un phénomène secondaire, un produit de la culture humaine. De même qu'un fleuve dépose les substances influides qu'ont entraînées ses eaux, ainsi le courant de la culture précipite des règles qui, en se solidifiant, deviennent des règles de droit. De même que les dépôts du fleuve nous renseignent sur ce qu'ont apporté ses eaux, ainsi la connaissance des règles de droit qui se sont formées à travers les âges, permet de déterminer la nature du courant de la culture et de reconstituer son histoire souvent si compliquée.

Il va sans dire qu'en avançant cette thèse, on prend le mot culture dans un sens très large: ce n'est pas seulement la culture intellectuelle qui a influencé le droit, c'est aussi la culture matérielle, pas seulement les évolutions religieuses et politiques, mais aussi les évolutions de la vie économique. Et c'est même la culture matérielle qui, pour certaines parties du droit, a le plus vigoureusement influencé son évolution; dans le domaine des droits réels, par exemple, les fluctuations de la vie économique ont eu une influence beaucoup plus importante que celle exercée par les changements des idées intellectuelles.

Il faut ajouter qu'en soutenant la thèse en question personne ne s' imagine que l'on puisse, à l'aide d'une formule unique, rendre la pleine conception du droit. On sait bien que le droit n'est pas seulement le résultat d'un processus involontaire et

automatique, mais qu'il est aussi un facteur aux ordres de la volonté de l'homme et de la société humaine. Ce n'est donc qu'un seul trait de la physionomie du droit que relève et accentue cette nouvelle conception, mais c'est un trait de la plus grande importance, celui qui, à mon avis, donne à la physionomie du droit son caractère spécifique. Ce trait a entièrement échappé à l'école que, de nos jours encore, on peut appeler classique. On ne peut cependant pas le perdre de vue impunément si l'on veut vraiment comprendre le droit, sa naissance, son évolution et l'influence qu'il exerce sur la société humaine.

Avant d'expliquer en quoi consiste la nouvelle conception du droit dont je parle, et d'en montrer la portée, il sera utile de donner une esquisse de la situation historique qui lui a donné naissance. Je le ferai aussi brièvement que possible, sans me perdre dans la nuit des temps.

L'étude du droit a pour objet principal les règles de droit d'un pays déterminé. Il s'en suit que la science juridique d'un peuple est condamnée à un certain isolement vis à vis de la science juridique des autres peuples.

Elle ne s'est cependant jamais accommodée de cet isolement. Consciemment, ou même inconsciemment, elle a toujours cherché à franchir les limites nationales: comme toute science elle a dû chercher des résultats qui aient une portée non pas nationale, mais universelle.

Au 18^e siècle, on croyait avoir atteint à de tels résultats. La philosophie de cette époque étant partie d'un *a priori*, la philosophie du droit emboîta le pas. Tout droit objectif, disait-on, a son origine dans la raison humaine. Or, un droit créé par la raison doit être universel comme la pensée elle-même; c'est donc un droit valable pour tous les peuples et pour tous les temps que la philosophie aprioristique prétendait avoir trouvé. Mais un droit universel ne peut être influencé par le degré de culture auquel est arrivé à un moment donné un peuple: donc pas de lien entre le droit et la culture.

Si impérieux était chez les jurisconsultes le besoin de s'ouvrir un horizon plus large et plus libre que celui qu'offrait la législation d'un seul pays, que la science du droit positif suivit la

philosophie dans cette voie, et dédaignant les vérités modestes mais empiriquement constatées, se lança à la recherche de vérités universelles mais incontrôlables. Peu à peu elle cessa complètement d'être elle-même et s'installa comme locataire dans la maison si vaste et si hospitalière de la philosophie. Durant le cours du 18^e siècle l'opinion générale des jurisconsultes était que *le droit naturel* avait la prépondérance sur le droit positif d'un pays déterminé.

L'idée d'un droit naturel était cependant une chimère. On ne peut rien créer au moyen d'une pensée qui s'isole des faits concrets empiriquement constatés. En croyant que la pensée crée d'elle-même le droit, on se trompait totalement. C'étaient les besoins de la vie sociale et aussi les réminiscences des droits positifs — romain ou autres — se glissant, à l'insu des auteurs, dans leurs pensées, qui donnaient le seul élément de réalité et de vitalité aux fantômes éthérés de la philosophie du droit naturel.

Au commencement du 19^e siècle l'idée d'un droit naturel fut peu à peu abandonnée. Des écoles nouvelles la remplacèrent, parmi lesquelles *l'école historique allemande* de SAVIGNY devint pour longtemps dominante. Au Danemark, le grand savant OERSTED fonda une autre école qui a fourni jusqu'à nos jours à la science du droit danoise et norvégienne sa base; nous y reviendrons plus loin.

L'école qui a remplacé en Allemagne la théorie du droit naturel se nomme l'école historique. Ses titres à porter ce nom sont cependant discutables. L'objet de ses études est étroitement borné: il se limite presque exclusivement au droit romain. Sa méthode aussi manque d'envergure: elle a un caractère plus philologique qu'historique. Elle essaie de constater tous les changements qu'ont subis les règles du droit romain, mais elle ne peut en expliquer les motifs. Elle donne — comme l'a dit JHERING — une dogmatique successive et non pas une évolution historique. On peut dire qu'actuellement elle est remplacée, comme école historique, par la nouvelle école, que j'ai déjà nommée et sur laquelle je m'étendrai plus loin.

L'école historique allemande a cependant déterminé un mouvement, qui devait exercer une influence profonde sur la science du droit et conduire à *la construction juridique*. Celle-ci a pour objet de préciser aussi exactement que possible le sens des notions,

qu'emploient la législation et la doctrine, de soumettre à l'examen le plus approfondi les notions telles que: état, peine, acte juridique, mandat, solidarité, etc.

La méthode constructive est parvenue à donner à nombre de termes scientifiques un sens clair et précis. Mais elle a aussi donné d'autres résultats. Elle a montré que les règles de droit positif ne sont pas aussi diffuses et compliquées qu'on le croyait autrefois: les mêmes notions fondamentales se retrouvent dans toutes les parties du droit, subissant des combinaisons toujours variées, exactement comme dans la nature physique où un petit nombre de corps élémentaires se combinent et revivent sous des formes multiples. On est même arrivé à des résultats encore plus importants: il est apparu qu'un grand nombre de notions fondamentales, ayant une portée universelle, se retrouvent dans les droits de tous les pays.

La dernière constatation est assurément le résultat le plus important que la science constructive ait donné; en montrant que la construction logique est presque la même dans les droits de tous les peuples et en créant une méthode scientifique qu'on puisse appliquer à un droit quelconque, elle est parvenue à relier par un pont les sciences de droit de tous les pays.

Toutefois, la science constructive ne peut pas tout donner. Elle est surtout une science de définitions. Son but principal est de fournir les notions juridiques, les définitions fixes et claires. Elle peut bien découvrir la structure stable des règles de droit, mais elle ne peut rendre la vie de ces règles. La science constructive est l'anatomie, et non la physiologie du droit. En conséquence les impulsions vivifiantes qui, partant de la culture humaine pénètrent le droit, ne sont pas du domaine de cette science.

En dehors de la science constructive, il reste donc un vaste espace qui doit être comblé par d'autres moyens. A côté de l'anatomie du droit, il faut une physiologie qui montre le droit dans sa vie organique, comme être vivant.

A l'heure actuelle de nouvelles tendances s'affirment, qui proviennent de la science de l'histoire du droit. Ayant en vue la vie du droit, elles cherchent à combler l'espace que la science du droit a laissé isolé jusqu'à maintenant. C'est cette nouvelle conception de l'histoire du droit que je voudrais exposer et examiner.

La nouvelle conception de l'histoire du droit qui va remplacer celle de l'école allemande historique est *universelle, ethnologique*. Elle est une branche des sciences *comparatives*.

Il est inutile de rappeler que pendant des siècles on a souvent comparé un droit avec un autre et qu'on a fait même des comparaisons étendues et méthodiques: quand on élabore des lois d'une certaine importance — un code pénal par exemple ou un code de commerce — on examine toujours les législations d'autres pays pour éclairer et approfondir ses propres vues. Mais une telle comparaison de droits divers se propose uniquement un but pratique et non un but historique, elle ne porte aussi que sur les législations modernes des pays de notre culture.

L'école ethnologique se propose un but tout différent: historique et non pratique. En conséquence elle utilise une toute autre série de sources.

C'est d'abord dans les documents historiques qu'elle puise ses matériaux. Elle ne se borne pas, comme l'ancienne école historique, aux documents du droit romain; elle se sert des documents historiques de tous les peuples: des Chinois, des Indiens, des Assyriens aussi bien que des Européens. Des découvertes heureuses ont aussi été faites au moment où la nouvelle école était prête à les recevoir et à les utiliser. La découverte du code de HAMMURABI surtout a fourni de riches matériaux aux études ethnologiques de l'histoire du droit. Ce code date du temps d'ABRAHAM (2000 ans environ av. J. C.) et il se trouve conservé presque en son entier.

Mais il est aussi d'autres sources qui livrent des matériaux aux études ethnologiques de l'histoire du droit: les règles qui existent de nos jours chez les peuples vivant à l'écart, tels que les Esquimaux, les Nègres du Congo, les Fuégiens et autres.

Quels sont les liens qui rattachent ces matériaux si disséminés, et en font un objet d'études? La réponse n'est pas difficile: il y a entre tous ces matériaux un trait commun. Le droit qu'on trouve aujourd'hui chez les peuples vivant dans l'isolement présente une ressemblance évidente avec le droit sous lequel les peuples plus avancés ont vécu antérieurement. De même que l'on trouve chez les premiers des outils et des vêtements qui ressemblent à ceux dont nos ancêtres se sont servis, il y a des milliers d'années, — même la culture de l'âge de pierre subsiste encore

chez certains d'entre eux — de même, à côté de ces objets matériels, on retrouve aussi des règles de droit qui sont conformes à celles qui se sont exprimées dans les plus anciens codes que l'histoire connaisse, et qui sont sans doute encore plus anciennes. Dans le monde du droit on croyait autrefois, comme je l'ai déjà dit, que les frontières des pays et les contrastes des nationalités créaient les différences les plus profondes. A vrai dire c'est dans cette matière que l'universalité du genre humain se montre actuellement de la façon la plus évidente.

Cela établi, il faut en chercher la cause. Quelles sont les raisons du fait que tous les peuples ont subi la même évolution, laquelle, bien entendu, ne s'est pas produite en même temps?

Il est facile de fournir la réponse. L'évolution du droit correspond à l'évolution de la culture: de tous les progrès qu'un peuple réalise dans sa marche lente vers une culture plus haute, des règles nouvelles de droit se dégagent automatiquement; et — ce qui est encore plus important — le même progrès de culture produit généralement chez tous les peuples les mêmes règles de droit. Le progrès énorme que fait un peuple en abandonnant la vie nomade pour se fixer et se livrer à l'agriculture, produit partout des règles de droit nouvelles qui sont dans leurs grandes lignes les mêmes chez tous les peuples. Pareillement le passage d'un peuple du système d'échange en nature au système d'échange en espèces et le passage de la production par main-d'œuvre à la production mécanique produisent chez tous les peuples les mêmes idées juridiques. Telle est la vérité que la conception ethnologique de l'histoire du droit a mise en lumière et qui commence maintenant à pénétrer notre notion du droit et à la réformer.

C'est le savant suisse BACHOFEN qu'on peut appeler le fondateur de cette nouvelle école. Il publia en 1861 un ouvrage lourd et volumineux intitulé: *Das Mutterrecht*; je reviendrai plus tard sur la signification de ce mot. Ce livre ne trouva pas un grand nombre de lecteurs et n'attira pas beaucoup l'attention lors de sa publication. BACHOFEN vécut presque toute sa vie en savant inconnu et solitaire. Or le travail qu'il avait commencé fut achevé par la suite par nombre de savants, appartenant à des pays divers. La France a donné des analyses aussi nettes qu'érudites des lois

les plus anciennes; dans le nombre des auteurs français je nomme BEAUCHET, DARESTE, FUSTEL DE COULANGES et LAVELEYE. Les Anglais ont surtout enrichi ces études par des recherches dans les systèmes de droit des Indes et d'autres colonies, et ils ont pu de bonne heure donner un interprète savant et spirituel de l'histoire du droit, SUMNER MAINE. L'Amérique a surtout fourni des explications du droit des Indiens. L'Allemagne a systématisé les résultats des études et a fait des recherches au Congo; parmi les Allemands il faut nommer au premier rang KOHLER, savant de grande valeur et d'une production énorme.

Mais assez d'explications abstraites. Il faut démontrer par quelques exemples que l'évolution du droit a été en effet dans les grandes lignes la même chez tous les peuples, et qu'il y a des liens étroits qui rattachent le droit à la culture.

Citons d'abord quelques traits de l'histoire de la *propriété*. A la lecture des rapports que M. NANSEN et M. AMUNDSEN ont publiés sur leurs voyages, on remarque que la propriété individuelle existe chez les Esquimaux en ce qui concerne les outils, les vêtements et peut-être aussi d'autres objets usuels. Mais un Esquimau n'est jamais propriétaire d'une terre; les tribus d'Esquimaux ont — comme s'exprime le droit international public — des rayons d'intérêt où elles essayent d'empêcher d'autres tribus de chasser et de pêcher, mais elles ne sont point propriétaires de cette terre. Venons à la Russie: nous constatons qu'il y a de vastes terrains qui appartiennent aux communes et qui sont cultivés en commun. A l'Ouest de l'Europe au contraire toute la terre est partagée entre des propriétaires privés. Nous trouvons donc chez les peuples de notre temps trois formes de la propriété toute à fait différentes. Remontons dans l'histoire et nous rencontrerons des faits analogues. Nous apprenons par exemple qu'au temps des „Rois” romains *l'ager publicus* fut partagé; dans l'histoire la plus ancienne, qui n'est pas une histoire exacte mais une collection de mythes et de légendes, nous trouvons des traces d'un âge d'or, où tous les biens étaient communs et où nulle querelle n'existait. Nous pouvons maintenant réunir tous ces traits et en composer une image vivante. Il y a eu sans aucun doute dans la vie de tout peuple une période où la terre n'était pas soumise à la propriété. De tout temps, à notre connaissance, la propriété du mobilier a

existé: chacun était le propriétaire de ses outils et vêtements et les emportait avec lui dans la tombe afin de s'en servir dans la vie future. La terre, au contraire, était libre pendant les longues époques où les hommes vécurent en nomades et où il y avait assez d'espace pour que chacun agît à sa guise. Jadis on considérait l'âge d'or comme tout à fait fabuleux, mais on comprend maintenant que dans ces légendes se cachent des traces à demi effacées d'un temps depuis longtemps disparu. Lorsque une tribu s'établit et commence à cultiver la terre, elle se l'approprie. En règle générale la propriété appartient d'abord à la tribu et non à l'individu en particulier; c'est la tribu elle-même qui, sous des formes diverses, en dirige la culture. On trouve encore un reste de cet antique système en Russie, dans la culture communale de certains terrains. Mais vint un temps où la terre fut partagée entre les individus — l'*ager publicus* fut divisé. On commence par le partage de la terre cultivée. En dehors d'elle, il y a la vaine pâture, que tous les habitants ont le droit d'utiliser. Mais, peu à peu, les paysans s'en emparent, et alors se produit le phénomène qui existe actuellement dans les pays les plus peuplés, c'est à dire que toute la terre appartient à des propriétaires privés; celui qui n'est pas propriétaire d'une terre n'a pas le droit de poser le pied en dehors des rues, des parcs publics et de sa propre maison. C'est donc la culture de la terre qui a donné le jour à la propriété immobilière, et la nature de cette propriété a changé à travers les temps, selon l'évolution qu'a subie cette même culture; plus la culture est intense et plus la propriété du sol est solidement établie. C'est ainsi que d'une propriété commune et par conséquent très hospitalière on est arrivé à la propriété individuelle et exclusive de nos jours.

Les différentes phases de cette évolution tardive se distinguent encore en Norvège en traits vivants: le voyageur qui quitte le fond de la vallée et la terre cultivée pour aller à travers de grandes forêts jusqu'aux vastes plateaux situés au sommet des montagnes, voit se dérouler toutes les phases de l'évolution de la propriété dont j'ai parlé. Au fond de la vallée toute la terre est soumise à la propriété individuelle; les fermes sont séparées par des haies et les propriétaires en connaissent parfaitement les limites. La propriété est fermée: on peut en interdire l'entrée à

un intrus. En arrivant aux forêts qui couvrent les flancs des montagnes, on constate que les limites entre les propriétés sont souvent douteuses, et il est facile d'en expliquer la cause: les forêts de la Norvège sont si vastes que pendant longtemps elles produisirent beaucoup plus que ne pouvait consommer la population du pays. C'est l'exportation des bois, ainsi que les besoins croissants d'une population allant en augmentant, qui donnèrent aux forêts leur valeur et provoquèrent leur partage, partage qui n'est pas encore minutieusement établi. Pour les forêts la propriété n'est pas aussi exclusive que c'est le cas pour la terre cultivée: chacun a le droit de s'y promener et d'y cueillir noisettes, fraises et autres fruits sauvages. Quand on arrive aux grands plateaux au sommet des montagnes, les haies n'existent plus et l'on s'aperçoit que les limites sont souvent très incertaines: il y a de grands terrains dans les montagnes de la Norvège dont on ne peut dire qui en est le propriétaire. Sur ces plateaux on trouve aussi les vaines pâtures qui ne sont pas soumises à la propriété individuelle; elles ne sont pas exploitées par des particuliers et n'appartiennent par conséquent à aucun individu; elles seraient sans propriétaire si l'état ne s'en était emparé. Actuellement de grands intérêts nouveaux sont en lutte sur les hauts plateaux des montagnes, tout à fait comme, il y a cent ans, il y eut lutte d'intérêts pour les forêts; les chutes d'eaux ont aujourd'hui de la valeur et c'est sur ces plateaux qu'on peut construire les grands bassins nécessaires à l'utilisation de la houille blanche; il s'en suit qu'il faut maintenant déterminer à qui appartiennent les terrains disputés, tâche qui convient assurément mieux à un arbitre qu'à un juge.

Prenons un autre exemple: l'histoire du *mariage*. J'ai déjà dit que le premier fondement de l'histoire universelle du droit fut posé par le livre de BACHOFEN sur *Das Mutterrecht*. Le juriste suisse avait fait une découverte qui surprit tellement qu'on eut d'abord peine à y croire, une découverte qu'on ne pouvait pas faire entrer dans la conception usuelle de l'évolution des peuples et qu'en conséquence on ne pouvait pas utiliser. Chez beaucoup de peuples anciens on trouve le matriarcat: la mère est le chef de la famille, le père n'y tient aucune place, on n'en fait même pas la recherche; les enfants portent le nom de

leur mère et ont sa position nationale et sociale. HÉRODOTE raconte qu'il en était ainsi chez les Lyciens, et BACHOFEN a recueilli un grand nombre de données qui établissent que la même coutume a existé chez plusieurs autres peuples. Comment est-ce possible ?

Les opinions ne concordent pas absolument, toutefois les différences que présentent les réponses données ne sont pas de grande importance. Je reproduis la réponse que je crois la plus probable parce qu'elle est la plus simple. Jadis le genre humain vivait dans un état de promiscuité sexuelle : chacun avait pleine liberté et en profitait. Les enfants n'étaient pas dans ces temps-là une charge mais une aide économique. Même les tout petits pouvaient se rendre utiles dans un ménage primitif ; les personnes âgées qui avaient perdu leur force physique avaient besoin de leur assistance. Un tas d'enfants était alors un capital, le seul capital certainement qu'on put amasser en ces temps-là. Ainsi s'explique que la promiscuité ait pu exister chez les peuples anciens et qu'elle puisse encore exister chez certains peuples. C'est la promiscuité qui est la cause du matriarcat : on ne savait pas qui était le père et par conséquent il ne comptait pas ; c'était seulement à la mère qu'on pouvait rattacher l'enfant. Mais les temps changèrent, des notions nouvelles et plus élevées mais aussi plus exigeantes apparurent : le mariage fut institué, d'abord avec des formes vagues et encore hésitantes. Il fut soumis aux règles déjà existantes : on lui appliqua celles de la propriété. L'homme était tout simplement le propriétaire de sa femme et de ses enfants ; il pouvait les vendre et les abandonner — chacun sait à quoi ces derniers étaient exposés ! — et en définitive les traiter comme bon lui semblait. A la mort du mari la femme était souvent héritée par les parents du défunt, par ses frères notamment. Le mariage revêtit les mêmes formes diverses que la propriété. D'abord la plus ancienne forme d'acquisition de propriété : l'occupation. C'est cette forme que présente le mariage par enlèvement, que l'on rencontre si souvent dans les traditions anciennes de beaucoup de peuples : l'exemple le plus fameux est certainement celui que donne la légende de l'enlèvement des Sabines. De nos jours encore, il existe chez quelques peuples des cérémonies nuptiales qui ont leur origine dans cette ancienne forme du mariage. Elles se

sont conservées par exemple chez une tribu laponne qui s'est établie en dehors des frontières de la Norvège. La jeune fille qui va se marier est amenée de force à l'église; elle crie, se débat, se roule à terre pour simuler l'enlèvement; mais arrivée devant l'autel elle prononce souriante et de bon cœur son „oui.” On croyait autrefois que ces cérémonies étaient dictées par la pudeur féminine qui se serait mieux conservée chez les peuples qu'on a appelés „sauvages” que chez nous. L'histoire universelle du droit en donne une explication toute différente et moins naïve: des usages anciens se conservent souvent bien longtemps après qu'on en a totalement oublié les causes; c'est ainsi que la forme du mariage par enlèvement s'est conservée comme cérémonie jusqu'au temps où un véritable enlèvement est devenu un crime et non un acte juridique.

De l'enlèvement on passa à l'achat: le jeune homme achète sa femme et en paie le prix aux parents. Des vestiges de cette forme subsistent encore chez les Lapons. L'homme qui demande la main d'une jeune fille envoie ses interprètes auprès des parents de la jeune fille pour s'entendre avec eux sur les cadeaux qu'il faut leur donner. Le mariage institué par enlèvement ou par achat est indissoluble et oblige à fidélité — mais seulement pour la femme: celle-ci appartient au mari et doit obéir à sa volonté, alors que lui est le propriétaire et reste libre de faire ce qu'il veut. Il serait sans doute intéressant de poursuivre l'histoire du mariage à travers les âges, mais cela nous mènerait trop loin. Ce sont en effet des facteurs multiples et complexes qui ont influencé l'évolution du mariage, pas seulement la situation économique, mais surtout des notions éthiques, morales et religieuses. Et ce que j'en ai dit suffit à donner une idée de l'universalité du développement.

Donnons encore un exemple: l'histoire de la *responsabilité civile*. Chez les tribus germaniques la peine et la réparation civile étaient une seule et même chose; elles se confondaient dans l'amende privée. Certains faits — le meurtre par exemple — étaient punis d'une amende dont le montant était fixé par des lois ou par la coutume. C'était l'offensé qui touchait l'argent; l'amende servait à la fois comme réparation du dommage. L'auteur du fait avait à payer l'amende, qu'il y eut faute de sa part ou non: un meurtrier aliéné devait payer l'amende de même que

celui qui avait tué en légitime défense. Dans le droit romain nous trouvons un système tout différent : la peine et la réparation sont distinctes l'une de l'autre, et pour toutes les deux ce n'est pas le fait mais la faute qu'on frappe. S'il n'y a pas de faute individuelle, il n'y a pas de responsabilité civile non plus que de responsabilité pénale ; l'aliéné et celui qui est en cas de légitime défense ne sont pas responsables. On croyait autrefois que le système des amendes était d'origine germanique et le système des fautes d'origine romaine. C'était cependant une erreur : on sait maintenant que le système d'amendes se trouve chez nombre de peuples anciens ; des traces vagues se sont également conservées dans l'ancien droit romain. Il s'en suit que le système est un phénomène universel et non national ; il est certain qu'il a été un usage répandu chez tous les peuples aryens, peut-être même chez tous les peuples du monde ; il a été un degré nécessaire de l'échelle qui a mené les peuples modernes au point où ils en sont maintenant. Dans les temps primitifs un système d'amendes était exigé par les besoins et les moyens d'action des peuples. L'amende vint comme le succédané de la vengeance ; on trouva que celle-ci était une cruauté superflue et l'on donna le choix entre vengeance et amende ; peu à peu l'amende prit toute la place, faisant disparaître la vengeance comme moyen légal. L'amende comme la vengeance frappa à l'aveugle l'auteur du fait dommageable, qu'il y eût chez lui faute ou non. Cette négligence totale de la faute s'explique par la raison très simple qu'en ce temps-là on ne pouvait pas aller plus loin. La pensée humaine cherche d'abord le fait extérieur, le visible ; ce n'est qu'une pensée plus développée et plus exercée qui peut percer l'extérieur pour chercher par derrière quelque chose d'invisible. De même la justice des peuples primitifs s'arrête aux actes et aux paroles et y rattache des effets juridiques, mais elle ne cherche pas la pensée qui a inspiré ces actes et ces paroles, et elle n'y attache aucune importance.

Quant à la notion de la faute, on peut ajouter qu'elle n'a pénétré que très lentement dans la pensée de l'homme. Elle n'a point son origine dans le cerveau des jurisconsultes ; elle est née d'une conception éthique ou peut-être de la religion. L'homme antique se croyait la victime du destin, entouré de toutes parts de forces invisibles et plutôt hostiles ; il se sentait comme un flocon

ballotté par le vent et par conséquent sans responsabilité morale. La justice humaine — l'amende comme la vengeance — ne pouvait pas s'élever à un niveau supérieur à celui que la pensée humaine avait atteint: elle était aveugle comme le destin et implacable comme lui; la notion de la faute individuelle était étrangère à la justice humaine comme elle l'était au destin et aux dieux qui régnaient sur le monde. Mais vint un temps plus réfléchi et plus avancé. L'homme commence à se sentir maître de son sort et finit par se croire le centre de l'univers. Il ne cherche plus la responsabilité dans un sort aveugle et hostile, mais il la trouve en lui-même. C'est l'homme conscient de sa force et de sa dignité qui a créé la notion de la faute. En lisant les tragédies grecques, on peut suivre une phase de cette longue lutte entre la conception du sort maître de l'homme et la conception de l'homme maître de son sort, digne par conséquent de porter une responsabilité morale. La notion de la faute, une fois née, n'entre cependant pas tout de suite dans le monde du droit. C'est dans le droit romain qu'on la rencontre pour la première fois: dans la *lex Aquilia*. Lentement et progressivement elle pénètre aussi dans les droits germaniques; ce n'est cependant que fort tard qu'elle entre dans ceux des peuples scandinaves, par l'effet d'une évolution interne plutôt que par imitation du droit romain. Les anciennes règles de la responsabilité se développent aussi dans un autre sens. On distingue entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale. L'application de la peine devient une tâche publique: c'est l'état qui punit. A l'amende privée se substitue une véritable réparation civile, une réparation dont le montant n'est pas fixé a priori par les lois, mais qui est proportionné au dommage causé. Le système de réparation civile, ainsi institué, règne dans les pays de civilisation européenne jusqu'au milieu du 19^e siècle. C'est un système libéral: en rendant l'auteur d'une faute seul responsable du dommage causé, il trace des limites fixes à la responsabilité et assigne par là aux citoyens une grande liberté d'action. Il cadre bien par conséquent avec le libéralisme politique et avec l'école classique de l'économie politique qui gouvernaient les âmes pendant la première moitié du 19^e siècle. Mais ce système partagea le sort du libéralisme et de l'école classique de l'économie: sans doute il exprimait des vérités éternelles,

mais à la longue on ne put éviter de constater qu'il ne contenait pas toute la vérité. L'industrie mécanique venue, un élément nouveau et impérieux entre en jeu ; il ne se borne pas à transformer la vie des peuples, il transforme aussi leurs idées. Il fait naître une nouvelle conception des lois économiques, il assigne aux peuples de nouveaux buts à côté de ceux qu'avaient posés le libéralisme politique et le principe du libre échange, et il crée de nouvelles espèces de responsabilité civile à côté du principe classique. C'est la conception des devoirs sociaux qui se fait jour, et ceux-ci sont accentués aux dépens de la liberté individuelle. Quant à la responsabilité civile, on s'aperçoit que le principe de la faute était trop étroit. Est-on mutilé par un accident de chemin de fer par exemple, on ne peut pas, selon le système de la faute, exiger une réparation, si un des employés n'a pas commis de faute. Et s'il y a faute, c'est seulement cet employé qui doit payer les dommages-intérêts et non la compagnie. La règle est sans grande valeur pour la victime et fort dangereuse pour la sécurité publique. Elle est aussi peu rationnelle en ce qui concerne les chemins de fer ou l'industrie en général. Il y a d'importantes sortes d'industrie — les chemins de fer par exemple — qui ne peuvent pas éviter dans une certaine mesure de causer des dommages aux personnes ou aux choses. Si elles sont dispensées de payer des dommages-intérêts, c'est en fait une perte inévitable, qu'elles ne prennent pas à leur compte, mais mettent au compte de ceux qui ont fortuitement subi l'accident. Il s'en suit qu'une industrie qui cause plus de dommages qu'elle ne rend de services, et par conséquent nuisible au point de vue de la société économique, peut se suffire, se maintenir et même rapporter des bénéfices à son propriétaire. Il est fort naturel qu'une réaction se soit élevée contre un système si peu apte à satisfaire les besoins de la vie de notre temps. En conservant la règle classique, selon laquelle une faute rend toujours responsable, on exigeait aussi qu'en certains cas un dommage causé sans faute engageât la responsabilité de son auteur. C'est surtout la grande industrie qui est visée dans cette notion de la responsabilité, mais le principe admis, il faudrait en donner aussi d'autres applications. Il n'est que naturel que ce nouveau mouvement ait eu à lutter contre des difficultés énormes et des préjugés puissants. Avouons

qu'il est très difficile de marquer nettement l'étendue de la responsabilité sans faute et de lui donner une limite aussi exacte que l'exige une vraie règle de droit. Rappelons-nous aussi que dans plusieurs pays la nouvelle responsabilité s'est heurtée aux lois émanées de la longue période où le principe classique était le seul qui dominât. Notons en dernier lieu qu'il y a de nombreux préjugés qui s'élèvent contre le mouvement dont je parle, préjugés dérivant presque tous d'une seule source : la nouvelle responsabilité est étrangère aux dogmes fixés pendant des siècles et consacrés par le droit romain. Néanmoins le nouveau mouvement a déjà conquis un certain terrain. Sa ligne de démarcation est à comparer à la ligne flottante d'une tranchée en pleine lutte : elle n'est point droite ; elle est plus avancée là où les forces assaillantes ont été le plus fortes ou la défense le plus faible. Je crois qu'on peut dire que les deux pays où ce mouvement est le plus avancé sont la France et la Norvège, pays où les règles de la responsabilité civile ne sont pas fortement fixées par des lois. Partout ailleurs c'est la grande industrie qui est surtout soumise à la nouvelle responsabilité, et cela parce que le besoin d'une responsabilité plus étendue s'est fait sentir d'abord et le plus impérieusement en ce qui concerne cette industrie.

L'évolution que montrent ces exemples peut se développer lente et imperceptible, par le concours des circonstances. Mais elle peut aussi résulter d'une collision d'intérêts : les règles nouvelles sont en ce cas fixées par l'intérêt vainqueur, ou elles sont d'après la loi du parallélogramme des forces un résultat moyen de tous les intérêts.

Ici une question se pose. Est-ce que tout droit est le produit d'une telle évolution interne ? Est-ce qu'il n'y a pas une influence réciproque entre les pays ? Un peuple n'a-t-il jamais cherché des règles de droit chez un autre peuple et ne se les est-il pas appropriées ? Certainement, en beaucoup de cas une influence réciproque s'est produite, mais elle n'est pas un facteur aussi important qu'on le croyait autrefois. Jusqu'ici les historiens ont généralement attribué une importance trop grande à cette influence : devant le même phénomène chez plusieurs peuples on se demandait toujours lequel d'entre eux avait imité l'autre. Et, comme on avait couronné les Romains et les Grecs d'un nimbe presque surnaturel, il est compréhensible qu'on soit allé à eux

pour chercher les maîtres qui avaient tout inventé et tout prévu. Actuellement notre point de vue est tout différent. Nous n'admettons pas seulement que la même pensée peut naître en divers endroits, mais aussi que, selon les lois éternelles qui dirigent les forces intellectuelles humaines, les hommes adoptent régulièrement les mêmes idées et arrivent aux mêmes résultats, s'ils se trouvent au même stade de développement. Nous trouvons alors que l'influence réciproque n'est pas aussi grande qu'on le croyait autrefois, quoique l'on ne puisse pourtant pas l'éliminer complètement de l'histoire. Rappelons-nous d'abord que dans le cas où une règle de droit n'est pas empruntée à un autre pays, il est possible que le degré de culture qui l'a fait éclore ait été acquis par emprunt, et que par conséquent une influence indirecte se soit exercée sur cette règle. Mais il faut aussi se rappeler qu'il y a eu réellement transplantation de règles de droit. Au moyen âge, lorsque le principe de nationalité était peu développé et presque inconnu, une telle transplantation s'est souvent produite. L'Allemagne qui adopta le droit romain, en abandonnant presque entièrement son droit national, nous en donne un exemple terrible. A notre époque la fierté nationale proscriit un renoncement si complet. Mais les relations intellectuelles entre les pays de culture européenne sont si étroites que toute idée peut franchir sans difficulté les frontières de son pays natal pour continuer sa vie chez d'autres peuples. Par conséquent une transplantation des règles de droit s'effectue encore de notre temps, mais pas sous des formes aussi rigoureuses qu'autrefois. Nous avons vu, par exemple, comment le système anglais du jury a été reproduit par d'autres pays, et comment — pour chercher encore un exemple chez les Anglais — le parlementarisme s'est propagé et s'est même étendu jusqu'au Japon. Il appert aussi que la transplantation du droit qui s'opère de nos jours par le moyen de l'influence réciproque n'est point mécanique: la teneur des règles change, influencée par les conditions spéciales du pays qui les adopte. Il n'est pas douteux que la France ait emprunté le parlementarisme aux Anglais, mais quelle différence entre les formes britanniques et françaises! Ici la vivacité, la spontanéité de l'âme gauloise a versé dans les formes anglaises un contenu nouveau et toujours mousseux qui est un produit de France.

Mais une question se pose encore: le droit ne connaît-il pas de particularités nationales? Comme tout le monde le sait et comme on peut aussi le déduire de ce que j'ai dit, la réponse doit être nettement affirmative. Oui, il y a dans la culture humaine des éléments nationaux et il y en a aussi par conséquent dans le droit, né effectivement de la culture. C'est une tâche difficile certes de les extraire et de les isoler, mais si l'on prend — comme je l'ai fait — le mot culture dans un sens si vaste qu'il embrasse aussi la vie économique, un exemple évident se présente: la nature physique d'un pays influence nécessairement la vie économique du peuple et par là son droit. J'ai déjà expliqué combien nuancée et variée est en Norvège la propriété foncière. C'est la nature physique du pays, si richement divers, qui exige des formes multiples de l'exploitation du sol et par conséquent des formes nuancées de la propriété. Voici un autre exemple: si l'on considère le droit des fleuves dans les pays européens, on voit comment la formation du pays a influencé les règles de droit. En Europe centrale et méridionale, les grands fleuves ne sont pas soumis à la propriété privée; ils appartiennent à la société, à l'état notamment. La propriété des paysans s'étend jusqu'à la rive, quelquefois elle ne va même pas si loin. De ce fait, il en est des fleuves comme des rues et des routes; ils appartiennent à tout le monde parce qu'ils n'appartiennent à personne. On trouve cette règle jusqu'en Suède: d'après le droit ancien suédois un „kungaadra" (veine du Roi), c'est à dire le milieu du courant, est réservé à l'usage de tous. En Norvège au contraire tous les fleuves appartiennent aux propriétaires des terres riveraines: ils sont soumis à la propriété privée. Quelle en est la raison? Elle se dégage d'elle-même si l'on considère les formes géographiques des pays. En Europe méridionale et centrale, la plupart des fleuves sont larges et coulent dans des plaines; ils sont navigables. Par conséquent, déjà dans l'ancien temps ils étaient employés pour le trafic et surtout pour le trafic par bateau; ils étaient les routes les plus praticables et les plus longues qui existassent. Dans ces pays l'usage commun des fleuves était donc très ancien, plus ancien et plus important que leur usage par les propriétaires riverains. En Norvège au contraire où les fleuves ont des chutes et coulent rarement tranquilles et lents, ils ne furent employés pour le trafic

que très tard. Les paysans s'en servaient pour la pêche et déjà dans les temps anciens ils avaient construit sur les bords de petits moulins que les eaux faisaient fonctionner. Ce n'est qu'au 17^e siècle que le trafic commença sur les fleuves norvégiens — par le flottage du bois qu'on laissait aller à la dérive. A l'heure actuelle les bateaux à vapeur naviguent sur les quelques fleuves qui ont un courant assez tranquille. Toutefois, au moment où commençait le trafic, les fleuves étaient déjà occupés : ils appartenaient aux propriétaires des terres. Le trafic survint comme perturbateur de la paix et c'est seulement un droit secondaire qu'il parvint à acquérir. De nouveaux intérêts d'une grande importance se font maintenant jour : comme je l'ai dit, on emploie les fleuves comme force motrice pour l'industrie, ce qui soulève une question grave : la règle ancienne répond-elle aux besoins nouveaux ? Les fleuves doivent-ils être soumis à la propriété privée ? Peut-on véritablement concilier les intérêts de l'état et de l'industrie avec ceux des propriétaires privés des fleuves ? Ces questions ont provoqué en Norvège pendant ces quinze dernières années des luttes politiques considérables.

La science comparative du droit n'a certainement pas pour but de nier ces faits : ni l'influence réciproque entre les peuples, ni les particularités nationales ne peuvent être éliminées de l'histoire. Le but d'une vraie science du droit est de mettre chaque fait à sa place et d'expliquer tous les faits s'éclairant l'un par l'autre.

Le nouveau mouvement, dont j'ai donné une esquisse, a établi une conception des sources et du but du droit, à la fois plus approfondie et plus réaliste que la conception traditionnelle. Il est fort naturel que des conséquences multiples en découlent.

D'abord à coup sûr pour *l'histoire du droit*. Si tous les peuples, généralement parlant, parcourent la même évolution, mais avec une vitesse différente, on peut, dans une certaine mesure, compléter l'histoire d'un pays par l'histoire d'un autre. Cette méthode est déjà employée depuis longtemps pour l'histoire du droit germanique : on a pris comme objet d'études les droits de plusieurs tribus ou peuples et donné une explication générale de leur évolution. Vis à vis de ces droits cependant la méthode était assez facile à appliquer : les sources de droit, dont on avait à

s'occuper, venant de races humaines proches parentes et leur origine remontant à peu près à la même époque. La nouvelle école historique s'est assigné une tâche beaucoup plus difficile : elle étend ses études à tous les peuples, qu'ils soient parents ou non, et elle embrasse toutes les époques de l'histoire humaine. Quoique encore à ses débuts, elle a déjà donné non seulement de riches promesses, mais aussi des résultats importants. Rappelons-nous quelques traits de ce que j'ai expliqué plus haut, pour montrer comment on peut suppléer à l'histoire d'un peuple au moyen de faits empruntés à un autre.

Dans les sources les plus anciennes du droit romain, surtout dans les lois des XII Tables, on trouve des traits qui rappellent le système germanique de l'amende privée. Autrefois ces traits n'attiraient aucune attention ; ce n'étaient que des mots. Maintenant on les comprend et on y lit le droit de toute une époque : un système d'amende privée, parallèle à celui des Germains, a sans doute précédé ce droit romain que les sources expliquent et que nous connaissons si bien. C'est bien dommage, certes, que nous n'ayons pas de sources qui donnent des renseignements directs sur le système romain de l'amende. Nous pouvons pourtant le reconstruire dans les grandes lignes, en comblant les vides avec ce que nous savons du système d'amende d'autres peuples. De la même façon, en lisant la mention si brève et si insignifiante en apparence du partage de l'*ager publicus*, nous voyons maintenant toute une transformation de la vie économique et quotidienne des Romains se développer sous nos yeux : c'est la culture de la terre qui prend des formes nouvelles et exige des moyens nouveaux. Le nouveau point de vue vis à vis de l'histoire du droit nous permet aussi de deviner les causes mouvantes de l'évolution du droit. Pour nous l'histoire du droit n'est pas, comme pour les générations précédentes, une dogmatique successive ; elle est plutôt la représentation d'une évolution éternelle et jamais achevée. Ce sont la théorie de l'évolution inséparable du nom de DARWIN, et une notion plus matérialiste de l'histoire qui font maintenant leur entrée dans les idées des jurisconsultes, tardivement mais énergiquement. On a discuté depuis longtemps la question de savoir s'il y a des lois qui dirigent l'évolution de la culture humaine, pareilles aux lois qui

dirigent le monde physique. Sans doute les lois qui règnent dans le monde intellectuel ne sont pas aussi absolues que les lois physiques. On ne peut cependant nier que dans l'évolution du droit en tout cas il y ait une certaine conformité entre ces règles. L'école moderne de l'histoire du droit, en cherchant les forces mouvantes de la vie du droit, est obligée, comme je l'ai déjà dit, de puiser à des sources plus multiples et plus disséminées qu'auparavant. Non seulement les anciennes lois, mais tous les monuments de la culture humaine, en dévoilant la culture dont le droit est éclos, fournissent des matériaux à l'édifice qu'elle essaie de construire.

Relativement aux études du *droit romain*, l'histoire universelle du droit a donné une impulsion nouvelle et féconde. D'après la conception de l'école de SAVIGNY, le droit romain apparaissait comme un phénomène tout à fait isolé, comme un monument d'art, splendide et merveilleux, qui s'élevait dans un désert, comme un sphinx qui parla souvent en énigmes mais toujours impérieusement et qui ne décela jamais son origine. C'était surtout le caractère d'œuvre d'art du droit romain, — sa structure logique notamment, si admirable — qui attirait l'attention de cette école et qui a été analysé et exposé dans ses œuvres. En partant d'une conception du droit romain aussi étroite et aussi peu historique, les successeurs de SAVIGNY ne pouvaient cependant éviter d'épuiser peu à peu les sources dont ils disposaient et toute leur école de se dessécher peu à peu. Une pédanterie sans esprit est le trait caractéristique d'une grande partie de ces œuvres. Maintenant on essaie de situer le droit romain dans son milieu; on le conçoit comme le terme classique d'une époque de l'évolution de la culture humaine, et on cherche ses connexions avec tout le droit et toute la culture de l'antiquité. Beaucoup de ses sentences qui n'étaient pour la génération précédente que lettre morte, sont maintenant pour nous des paroles vivantes. Le droit romain prend un intérêt nouveau: il est devenu un document humain, exprimant non seulement les pensées doctrinales des jurisconsultes, mais les besoins et les efforts d'un peuple. On peut se faire une idée des progrès déjà réalisés, en comparant les *Pandectes* de WINDSCHEID — herbier de fleurs pressées et desséchées — avec le traité si clairvoyant et si vivant de M. GIRARD.

La nouvelle école peut aussi imprimer un vigoureux essor à *la philosophie du droit*. Chacun sait qu'il y a dans la philosophie de notre temps une tendance croissante à s'émanciper des spéculations vides, pour s'appuyer sur des observations de faits réels; des expérimentations — psychologiques ou physiques — sont même quelquefois pratiquées par les philosophes d'aujourd'hui. De la même manière la philosophie du droit cherche un fondement plus solide et plus réaliste que celui dont on se contentait auparavant. De tout temps on s'est posé la question: quel est le contenu des notions de droit, de justice? Y a-t-il des vérités éternelles, qui s'expriment par les lois des peuples? Les lois ne sont-elles peut-être que les agents de besoins toujours changeants et seulement passagers? Sans doute, la conception du droit que j'ai esquissée ne nous fournit pas le moyen magique d'éclaircir une question si compliquée. Mais nous approchons tout au moins de la solution en nous rendant compte des formes de la naissance du droit et de ses effets. En examinant les temps passés, on constate que le droit a été créé par des besoins toujours changeants et qu'il s'est transformé conformément à ces derniers. Les droits archaïques ne nous paraissent plus des égarements barbares, et nous n'appelons plus des sauvages les peuples qui sont étrangers à la civilisation européenne. Nous admettons que, à parler en général, toute règle de droit a eu sa raison d'être, mais — il est vrai — une raison d'être seulement relative et temporaire. Et à l'égard du droit de notre temps le résultat serait le même: il faut avouer aussi que le droit des peuples modernes n'a qu'une raison d'être relative et passagère. Les vêtements et les outils vieillissent et s'usent. Les règles de droit participent de la même instabilité: elles n'ont ni une raison absolue ni une vie éternelle. Cette conception n'est certes pas nouvelle. Elle ne s'éloigne pas beaucoup de la conception utilitaire du droit, que JHERING a développée dans une série d'œuvres brillantes, et à laquelle il a donné la formule si souvent alléguée: le but est le créateur de tout droit. Surtout en Norvège et au Danemark elle n'est pas une inconnue. Le fondateur de l'école de droit norvégienne et danoise, A. S. OERSTED, a dit bien longtemps avant JHERING que c'est le but qui crée le droit. Et il ne s'est pas borné à fixer cette formule; il l'a rendue vivante dans ses œuvres, si magistrales par la pénétration profonde de la vie

et par la compréhension si large et si souveraine des lois et des expériences d'autres pays. Le grand jurisconsulte et homme d'état norvégien, SCHWEIGAARD, a exprimé presque la même pensée, en présentant les lois comme issues d'un droit de nécessité de la part de la société humaine. Cette conception n'est donc pas nouvelle, mais l'histoire universelle du droit lui apporte une nouvelle confirmation.

Il va de soi que la conception du droit que j'ai esquissée ne peut pas influencer fortement *la dogmatique du droit vivant*: heureusement les conclusions de celle-ci se présentent le plus souvent comme le résultat d'une méditation qui reste sur terre et qui ne peut pas être influencée par des conceptions très générales ou plutôt philosophiques. Néanmoins, la conception dont je parle a eu une certaine influence sur la dogmatique du droit et peut en avoir une plus importante. S'il est entendu que le droit est éclos des besoins de la vie humaine, il faut reconnaître que les vrais motifs d'une règle quelconque sont à chercher dans les besoins humains auxquels elle doit donner satisfaction. C'est à dire que si l'on se borne à montrer les rapports logiques existant entre une règle de droit et les autres, on n'a pas donné les vrais motifs de cette règle. Autrement dit: la pénétration logique et formaliste du droit, qui a été la grande tâche de la science constructive du droit, n'est qu'une partie du vaste travail qui incombe à la dogmatique du droit. C'est une faute fatale de la part de l'école constructive de ne l'avoir pas compris ou du moins de ne l'avoir pas assez nettement reconnu. C'est donc dans les besoins de la vie humaine qu'il faut chercher les vrais motifs des règles de droit. Mais en confrontant une règle à ces besoins, on trouvera trop souvent qu'elle n'est pas apte à leur donner satisfaction. Il faut alors avouer que cette règle manque de raison. Elle a beau être déduite des autres règles de droit par un raisonnement tout à fait logique, elle n'en manque pas moins de la chose la plus importante: de raison, et par conséquent de raison d'être. Elle est néanmoins une règle de droit, et il faut la respecter comme telle; cependant elle provoque la critique, et la dogmatique du droit ne peut pas s'abstenir de la critiquer. En cherchant toujours les motifs des règles de droit dans les besoins de la vie humaine, la dogmatique du droit se propose un but *social* et se place elle-

même à côté des sciences sociales. C'est dans cette direction que nous mènent non seulement la conception de l'histoire du droit dont je parle, mais aussi le mouvement général des pensées de notre temps.

L'importance de l'histoire universelle du droit n'est cependant pas encore épuisée. J'ai montré comment elle dévoile les liens existants entre le droit et la culture. En constatant cette connexion, elle noue aussi des liens nouveaux entre la science du droit et *les autres sciences qui traitent de la culture humaine*: la science du droit peut dans une certaine mesure utiliser les résultats de ces autres sciences, et, d'autre part, elle peut leur donner des matériaux et des renseignements importants.

La *méthode* de l'histoire comparée du droit est dans ses grandes lignes la même que celle des autres sciences comparées: telle que la science comparée des langues, des religions et — pour employer un mot très vague dont on abuse souvent — le „folklore”.

Les *sources* où puise l'histoire comparée du droit sont, comme je l'ai expliqué, dans une large mesure les mêmes que celles qu'emploient les autres sciences comparées. Tous les documents qui contiennent des renseignements sur l'évolution de la culture humaine sont également utiles pour l'histoire du droit, parce qu'elle en peut déduire les règles de droit. Si les papyrus, qu'on découvre maintenant en grand nombre en Egypte, ont une haute importance pour l'histoire du droit, ce n'est pas seulement parce que beaucoup de ces documents contiennent des données juridiques, mais encore par l'image si vivante qu'ils donnent d'une société ancienne. D'autre part, les règles de droit nous renseignent sur la culture dont elles sont écloses; par conséquent la science du droit — et surtout l'histoire du droit — fournit des matériaux aux autres sciences qui se rapportent à la culture. Il faut ajouter que les matériaux que fournit le droit aux études sur la culture antique ont une valeur prépondérante: les lois sont généralement les plus anciens documents écrits que l'homme ait composés, et en même temps ceux qui ont été conservés avec le plus grand soin, et cela à cause de leur importance si grande et si durable pour les sociétés humaines sur lesquelles elles règnent. Si l'on fait parler les lois des temps anciens en leur faisant raconter la

vie des cultures dont elles sont écloses, que de voix nouvelles et puissantes se font entendre!

Il y a également affinité quant aux *buts et aux résultats*: l'histoire de la culture et de la pensée humaine est le vrai but de l'étude de l'histoire du droit. L'universalité du genre humain ressort avec évidence des études du droit. La relativité de l'âme humaine, sa dépendance de toutes les conditions auxquelles la vie de l'homme est soumise, sa facilité si grande d'accommodation, ses désirs éternels, ses perpétuelles imperfections, tout cela apparaît dans le droit comme dans la langue, dans les traditions et dans la religion.

LES TÉMOINS DE LA LOI SALIQUE

PAR

HENRI LÉVY-BRUHL (LILLE).

Suivant la doctrine courante, presque unanimement admise ¹⁾, la loi Salique présenterait, en matière de preuve une particularité qui la distinguerait nettement des autres lois Barbares. Seule, elle ferait une place et une place assez large à la preuve testimoniale. Tandis que la loi Ripuaire et les parties les plus anciennes des lois germaniques qui n'ont pas subi l'influence romaine ne mentionnent le témoignage que dans des hypothèses spéciales où il serait exagéré de voir en lui un véritable mode de preuve, il aurait déjà joué ce rôle dans la loi Salique.

Eprouver les fondements de cette doctrine en examinant un à un les textes sur lesquels elle se base, tel sera l'objet des pages qui vont suivre.

L'intérêt que présente cette recherche dépasse celui d'une pure

¹⁾ Déjà MONTESQUIEU (*Esprit des Lois*, XXVIII, 13) opposait sur ce point la loi Salique à la loi Ripuaire, et cette opinion est restée de beaucoup la plus répandue. Parmi ceux qui l'adoptent sans réserve, il faut citer THONISSEN, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi Salique*, pp. 440, 514, s.; MAYER—HOMBERG, *Die Fränkische Volksrechte im Mittelalter*, 1912, p. 193, s.; R. SCHRÖDER, *Lehrbuch des deutschen Rechtsgeschichte* ⁶, 1919, p. 391, n. 8, 396; ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 14^e édition (mise au point par R. Génestal) 1921, p. 90. La même doctrine est professée, avec quelques réserves, par BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte* II, 1892, p. 391, s. 439, s., et BEAUDOUIN, *Remarques sur la preuve par le serment du défendeur dans le droit franc*, in *Annales de l'Université de Grenoble*, 1896, p. 432, s. — R. LOENING, *Der Reinigungseid bei Gerichtsklagen*, n'oppose pas la loi Salique aux autres lois germaniques, parce qu'il soutient que ces dernières ne connaissent pas un autre système de preuves que le nôtre. M. DECLAREUIL, *Les preuves judiciaires dans le droit franc*, in *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1898 et 1899 et tirage à part, p. 23 s. se rattache, dans l'ensemble, à cette dernière tendance.

curiosité d'histoire juridique. Le système des preuves tel qu'on nous le présente ordinairement dans la loi Salique est, au dire de bons juges, le principal trait par lequel cette loi, par ailleurs si spécifiquement franque, se rapprocherait de la législation romaine et cet argument a été largement exploité par les auteurs qui veulent trouver dans la loi Salique des traces plus ou moins profondes de l'influence romaine¹⁾. L'examen de notre question est donc susceptible de jeter quelque clarté sur le caractère de ce monument législatif particulièrement important.

Avant tout examen des textes, l'opinion courante soulève de nombreuses et puissantes objections. Tout d'abord il peut paraître singulier que la loi Salique occupe, en matière de preuve, une situation si privilégiée par rapport aux autres lois Barbares. Rien ne paraissait la désigner particulièrement pour ce rôle. Parmi les lois germaniques, elle est certainement celle qui a gardé le plus fidèlement les traits ethniques originels, moins que toute autre elle a été touchée par le contact des populations gallo-romaines et n'a subi que très peu, si elle l'a subie, l'influence romaine, et point du tout l'influence chrétienne. Sans doute il n'est pas surprenant, à priori, qu'une loi germanique ait un système de preuve différent des autres lois, mais ce qui peut légitimement étonner c'est que la loi qui nous présente le système le plus avancé soit précisément celle qui est en toute autre matière plus arriérée que ses congénères.

Une seconde objection est fondée sur la théorie générale des preuves. Le régime des preuves judiciaires d'un peuple n'est pas plus arbitraire que ne l'est, par exemple, son régime de propriété ou son régime matrimonial. Il est étroitement déterminé par certaines conditions sociales. La remarque est spécialement vraie pour la preuve testimoniale et l'observation en a été faite bien des fois²⁾. Pour naître et se développer, le témoignage judiciaire

¹⁾ TARDIF, *Histoire des sources du droit français, origines romaines*, p. 161, s.

²⁾ ESMEIN, *op. cit.*, p. 91: „La preuve par témoins, toute simple qu'elle paraisse, ne peut fonctionner régulièrement que dans une société parfaitement policée, où l'Etat assure efficacement aux individus qu'il domine, la sécurité et la protection de leurs droits. Son emploi est impossible là où l'Etat est rudimentaire et affaibli, et où les individus se constituent en groupes naturels ou artificiels, pour la défense mutuelle." Cf. Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, 1893, p. 471, s.

exige un état social où l'individu soit suffisamment émancipé du groupe pour que son désir ou son obligation de dire la vérité ne soit pas victorieusement combattu par le souci de rester fidèle à la discipline tribale. Or ces conditions ne paraissent nullement réalisées chez les Francs Saliens à l'époque de la rédaction de leur coutume. Leur organisation sociale, si peu connue soit-elle, paraît encore très rapprochée de celle des anciens Germains, et repose sur la forte cohésion du groupe familial (Sippe)¹). C'est la Sippe qui joue le principal rôle, actif ou passif, dans toutes les manifestations de la vie juridique; une étroite solidarité unit ses membres. C'est pour cette raison que les anciens Germains ignoraient complètement le témoignage proprement dit, c'est-à-dire le témoignage impartial: ils ne concevaient pas que l'individu, pour un motif désintéressé, s'exposât aux représailles de ses frères. Les lois Barbares du VI^e siècle, qui ont pourtant subi dans une certaine mesure l'influence romaine et l'influence chrétienne, ne connaissent pas davantage le témoignage judiciaire. Comment la loi Salique qui, je le répète, nous reflète un état social plus proche que ces dernières du régime germanique primitif, l'aurait-elle connu?

Enfin la structure même du procès franc paraît en contradiction avec le témoignage judiciaire. Ce procès nous apparaît, en effet comme un mécanisme rigide où le rôle du juge est fort réduit. La plupart des auteurs estiment que le juge se bornerait à prononcer un jugement de preuve, c'est à dire déterminer la preuve que le défendeur devra s'engager à fournir s'il veut échapper au paiement de la composition tarifée. Il est hors de doute que dans cette doctrine le témoignage judiciaire ne peut exister, car la preuve exigée du défendeur est un moyen mécanique qui n'est pas susceptible de plus de deux issues: elle réussit ou elle échoue, et dans les deux cas on peut dire également que c'est elle et non pas le juge qui dicte la sentence. Il n'y aurait place pour le témoignage que dans la doctrine beaucoup moins sûre de ceux qui admettent qu'il existe, dans le procès franc, une véritable instance *in judicio*. Ces débats devant le juge ne nous sont attestés par aucun texte et il est peu vraisemblable qu'ils se soient produits à l'époque franque devant les juridictions ordinaires. La

¹) Sur la Sippe, cf. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I², p. 324 s.

procédure est tout entière l'œuvre des parties; elles formulent leurs prétentions indépendamment l'une de l'autre, et ne peuvent par conséquent avoir recours qu'à des arguments absolus. Or le témoignage judiciaire est essentiellement une preuve relative, qu'il faut peser et critiquer, opération dont les hommes de ce temps étaient sans doute incapables. En tout cas le mécanisme du procès ne permet pas de lui faire une place.

Si graves que soient ces considérations, elles devront céder devant les faits et les textes, seuls souverains. S'ils nous montrent de façon indubitable le témoignage judiciaire dans la loi Salique, nous en serons quittes pour modifier nos théories. Examinons donc la loi sans parti-pris, avec le seul souci d'y trouver des textes décisifs. Encore faut-il qu'ils ne soient pas équivoques, et qu'ils ne puissent sainement s'interpréter que dans le sens du témoignage judiciaire. Devant de si fortes présomptions contraires, il sied, en bonne méthode, de se montrer particulièrement exigeant.

Notre recherche ne pourra conduire à des résultats satisfaisants que si nous en précisons préalablement l'objet. Peut-être est-ce pour avoir négligé de le faire, que beaucoup d'auteurs sont tombés dans de telles confusions. Ils s'agit du témoignage judiciaire et de lui seul, c'est à dire de ce mode de preuve constitué par des individus en principe impartiaux, qui viennent fournir à la justice des informations sur l'objet du litige, dans le seul but d'aider à la découverte de la vérité. Sans doute cette définition ne doit pas être prise à la rigueur, et bien rares sont, même en droit moderne, les témoins qu'inspire seul l'amour de la justice: elle est pourtant théoriquement vraie et nous servira de critérium suffisant pour écarter d'autres modes de preuve voisins qu'une observation superficielle permettrait de confondre avec celui-là.

1. Il faut naturellement mettre dès l'abord de côté les cojureurs qui se différencient profondément des témoins judiciaires. Seule une apparence grossière les ferait prendre les uns pour les autres. Ce n'est pas assez de dire que les deux institutions sont différentes; elles sont proprement contradictoires, et le fait qu'elles ont pu co-exister dans une société donnée ne cachera cette contradiction qu'à ceux qui ignorent avec quelle large tolérance les

organismes sociaux laissent vivre côte à côte dans leur sein les institutions les plus hétérogènes. Tandis que la cojuration est fondée sur une forte cohésion du groupe domestique ou tribal, le témoignage judiciaire suppose au contraire, comme je l'ai dit, que ce groupe est déjà désagrégé, et cette différence fondamentale entraîne cette conséquence que le cojureur pourra bien refuser son concours, mais ne déposera jamais contre sa partie, tandis que le témoin pourra être amené à le faire. A vrai dire la distinction entre ces deux catégories d'individus porte moins sur la forme que sur le fond. Dans la mesure où les témoins ordinaires prêtent serment, il sera parfois difficile de ne pas les confondre avec des cojureurs. Pourtant il est rare qu'une analyse attentive du texte ne permette pas de découvrir quel est celui des deux modes de preuve auquel on a affaire. En tout cas, il nous faudra soigneusement éliminer de notre champ de recherches tout exemple reconnu de cojuration ¹⁾.

2. Nous devons écarter aussi les hypothèses de témoignage instrumentaire que pourra contenir la loi. Ici le motif d'exclusion est moins apparent, il n'est pas moins solide. A première vue, on serait tenté de confondre le témoin instrumentaire avec le témoin judiciaire ²⁾. Il semble que le premier, lorsqu'il dépose en justice, n'est qu'un témoin *de visu* ou *de auditu*, que l'on fait appel à sa mémoire seule pour corroborer la déclaration d'une partie, et que dès lors, en vertu du même principe, on eût pu faire déposer un témoin de rencontre qui se trouve avoir for-

¹⁾ L'incompatibilité logique entre les témoins et les cojureurs ne constitue pas, à elle seule, la preuve que le témoignage judiciaire n'a pu exister à une époque où, comme lors de la rédaction de la loi Salique, la cojuration est en pleine vigueur; nous voyons, sans doute possible, ces deux moyens de preuve employés ensemble au IX^{ème} siècle, mais nous avons affaire alors à une co-existence plus apparente que réelle; la cojuration est à son déclin, et le témoignage judiciaire se développe au contraire vigoureusement; en outre le témoignage a son terrain d'élection dans le droit royal, c'est-à-dire devant une juridiction éloignée des influences populaires et plus ou moins inspirée de la législation romaine. Il serait beaucoup plus surprenant, à priori, de rencontrer le témoignage fonctionnant concurremment avec la cojuration au VI^e siècle ou auparavant, dans une loi essentiellement germanique et populaire d'où les éléments romains sont exclus de l'avis à peu près unanime.

²⁾ Voir cette théorie développée dans SCHLOSSMANN, *Allrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, 1914, p. 77, s.

tuitement assisté à l'acte dont la réalité est contestée. Cette théorie se heurte à un fait extrêmement remarquable. Il existe des législations qui connaissent et pratiquent couramment le témoignage instrumentaire, sans faire la moindre place au témoignage proprement dit. La chose serait inconcevable si les deux institutions étaient de même nature. Il existe donc entre elles des différences essentielles. Lesquelles? On peut d'abord songer à dire que les témoins instrumentaires, choisis par les parties, sont liés à elles par une sorte de contrat, et cette solidarité bien qu'elle ait été niée ¹⁾, paraît cependant attestée par les textes ²⁾. Il manquerait au témoin instrumentaire ce caractère d'impartialité qui est un trait nécessaire du témoignage *stricto sensu*. Sans contester la valeur de cette hypothèse, j'y ajouterai pourtant un trait qui marque une différence plus profonde encore, à certains égards, entre les deux classes de témoins: les témoins instrumentaires n'ont d'autre rôle que d'attester la réalité de l'acte pour lequel ils ont été convoqués. Leur déposition est toute mécanique, peut-être même s'accomplit-elle par leur seule présence à l'audience. Le témoin instrumentaire est une sorte de survivance de l'acte accompli: c'en est le protocole vivant. Le témoin judiciaire proprement dit correspond à une idée de la preuve beaucoup plus complexe déjà. C'est un moyen indirect, qui peut comporter différents degrés de certitude, et qu'il faudra par conséquent, vérifier, peser, que l'on pourra combattre par des raisonnements ou des témoignages nouveaux. Or c'est là, comme je l'ai dit, une conception de la preuve ignorée des législations barbares, et incompatible avec leur procédure. Le témoignage instrumentaire qui ne fait que projeter à l'audience le fait brutal, s'accommode au contraire très bien de la pratique procédurale germanique. Pour ces différents motifs il convient de laisser de côté le témoignage instrumentaire.

3. Il nous faut aussi éliminer ce que l'on peut appeler les témoins de notoriété, c'est-à-dire des personnes dont on ne sollicite pas le témoignage au sujet d'un acte ou d'un fait précis, mais qui devront donner leur avis sur un état ou sur la qualité d'une

¹⁾ DECLAREUIL, *op. cit.* p. 24 (du tirage à part).

²⁾ Sic, SCHRÖDER, *Lehrbuch* ², p. 92, n. 11; BRUNNER, *op. cit.* 11, 393.

chose, bref, — à condition de ne pas donner à ces termes une rigueur trop grande —, sur une question de droit plutôt que sur une question de fait. On conçoit très bien que ce témoignage de notoriété, cette „commune renommée” puisse obéir à des règles toutes différentes du témoignage ordinaire. Il s'en distingue en effet par ce trait important qu'il n'est pas dirigé contre un plaideur ni en sa faveur. Il se borne à signaler le caractère de tel élément du litige, sans prendre parti sur le fond même de la contestation. Une telle pratique entre bien dans notre concept moderne du témoignage, concept très large qui englobe tous les éléments, tant de droit que de fait, susceptibles d'éclairer le juge, à condition qu'ils soient fournis par un tiers. Il est beaucoup plus douteux qu'on puisse voir en eux des témoignages judiciaires à l'époque que nous étudions. Les dépositions qui ne portent que sur les caractères de la chose et non pas sur le fait litigieux lui-même empruntent aux conditions sociales un caractère tout différent de celles qui auraient ce dernier pour objet direct. On conçoit en effet que ce témoignage de notoriété, plus proche de l'expertise que du témoignage véritable puisse être fourni par des individus sans tenir compte des liens qui les rattachent aux parties adverses. Déposant sur un fait de notoriété publique, mieux encore se bornant à apprécier le caractère de tel ou tel élément du litige, ils laissent de côté la question de savoir si l'individu poursuivi est coupable du délit qui lui est imputé, ou redevable de l'obligation qu'on lui réclame. Il n'y a donc aucune incompatibilité logique entre ce témoignage de notoriété et le régime le plus strict de la solidarité tribale, et nous le retrouvons au même titre que le témoignage instrumentaire dans des lois qui n'ont pas connu le témoignage judiciaire ¹⁾. Sa présence avérée dans le loi Salique ne permettrait donc à aucun degré d'affirmer que ce document législatif connût le preuve testimoniale.

4. Enfin il est, en matière criminelle, une quatrième sorte de preuve qui peut dans certains cas ressembler au témoignage judiciaire et qui pourtant s'en distingue très nettement en raison des circonstances où le fait délictueux a été découvert : je fais allusion

¹⁾ MAYER-HOMBERG, *op. cit.* p. 199 s., conteste cependant que la loi Ripuaire ait jamais connu les témoins de notoriété (Gemeinde Zeugen).

au flagrant délit. Dans cette hypothèse la preuve peut être fournie par les individus qui ont assisté à l'acte délictueux, alors qu'ils n'ont certes pas été spécialement convoqués à cet effet et ne peuvent en conséquence être qualifiés de témoins instrumentaires; d'autre part il ne peut s'agir ici non plus de témoins de notoriété puisque le témoignage porte sur le délit lui-même. Et pourtant il est évident que le témoignage n'est pas du tout semblable à celui qui serait fourni dans des circonstances normales. L'émotion soulevée par le crime au moment même où il se commet est assez violente pour neutraliser tout autre sentiment, et les voisins, témoins oculaires de l'acte, prennent nécessairement parti pour la victime. Ici sans doute un des principes posés au début de cette étude, à savoir l'incompatibilité entre la solidarité familiale et le témoignage, est mis en échec, mais dans des circonstances si exceptionnelles qu'elles seraient plutôt de nature à corroborer la règle qu'à l'infirmier. Il conviendra seulement de donner du flagrant délit une définition singulièrement plus large que celle de notre droit moderne. Sera considéré comme flagrant délit toute circonstance donnant aux faits délictueux, au moment où ils s'accomplissent, une très grande apparence de certitude. Comme on l'a fait observer, les difficultés de la preuve donnent dans les législations archaïques, au flagrant délit une importance beaucoup plus grande que de nos jours, et bien des procédures, bien des expédients, n'ont d'autre but que de créer ou de prolonger artificiellement le flagrant délit. En un sens, comme nous l'avons vu, le témoignage instrumentaire est un de ces expédients; on pourrait en citer d'autres, mais ce qu'il faut observer, c'est que cette notion large du flagrant délit est en opposition avec la conception moderne de la preuve, conception à laquelle se rattache le témoignage judiciaire: le caractère essentiel du flagrant délit est de créer une apparence inattaquable, celui de la preuve testimoniale est tout au contraire la possibilité d'une critique¹⁾.

Ces diverses éliminations nous permettent de serrer de plus près l'objet de nos recherches. Nous pouvons désormais aborder les

¹⁾ Le flagrant délit est également connu des lois germaniques. Suivant la juste observation d'Esmein, *op. cit.*, p. 88, c'est un trait commun aux procédures primitives que la poursuite y tend vers la constatation du flagrant délit. „Le flagrant délit apparaît comme l'hypothèse normale pour la répression, car elle ne donne prise à aucun doute.”

textes de la loi Salique avec le souci d'examiner les preuves qu'on a prétendu y trouver de l'existence du témoignage judiciaire ¹⁾.

I. Textes où le mot *Testis* figure.

Le loi Salique contient deux titres généraux sur le témoignage. Ce sont les titres XLIX, *De Testibus* et XLVIII, *De Falso Testimonio*. Font-ils allusion au témoignage judiciaire? Rien n'est moins certain. Le premier de ces titres a pour objet de sanctionner le défaut des témoins ou leur refus de déposer lorsqu'ils comparaissent au plaid ²⁾. Rien dans les termes dont se sert le texte n'indique qu'il s'agit des témoins judiciaires plutôt que de témoins instrumentaires. Sans doute ces témoins sont appelés en justice pour dire sous serment ce qu'ils savent (*quae noverunt*), mais c'est une expression que l'on retrouve pour désigner la déclaration assermentée de témoins instrumentaires ³⁾, elle ne saurait donc rien prouver. D'autre part le mot *necessarius* qui revient à deux reprises dans le Ier paragraphe semble indiquer plutôt que l'on a affaire ici à des témoins instrumentaires, ayant lié partie avec le plaideur et lui ayant promis leur concours. Quant au titre XLVIII, dont seule la première disposition nous intéresse, les deux autres se rapportant sans doute possible aux cojureurs, il vise le faux témoignage ⁴⁾. Mais il paraît tout à fait arbitraire de limiter au témoignage judiciaire *stricto sensu* la notion de faux témoignage. Rien n'empêche

¹⁾ Par „loi Salique”, j'entends le texte en 65 titres qui, malgré des contestations récentes (p. ex. MARIO KRAMMER, in *Neues Archiv* XXXIX (1914), p. 599, s.) est, dans l'opinion commune, regardé comme le plus ancien: cf. *Neues Archiv* XL (1916) p. 499, s. et p. 583, s. — XLI, (1918), p. 377, s. — Je citerai le texte, sauf indication contraire, d'après la dernière édition, celle de H. GEFFCKEN, 8^e, Leipzig 1898.

²⁾ Tit. XLIX, *De Testibus*. 1. Si quis testes necesse abuerit ut donet et fortasse testes volunt ad placitum venire, ille qui eos necessarius habet ad satis facere manire eos cum testibus debet ad placitum ut ea quae noverunt jurati dicant. 2. Si venire noluerint, et eos sunnis non tricaverit [mal. vuidridarchi, L. c.] DC dinarios qui faciunt solidos XV quisque illorum culpabilis judicetur. — 3. Si vero paesentes fuerint vocati in testimonium et noluerint ea quae noverint jurati dicere et ferbannati fuerint, DC dinarios qui faciunt solidos XV culpabilis judicentur.

³⁾ L. Rib., Tit. L.

⁴⁾ Tit. XVIII, *De falso testimonio*. 1. Si quis falso testimonio perhibuerit, DC denarios qui faciunt solidos XV culpabilis judicetur.

d'admettre qu'un témoin instrumentaire appelé à déposer en justice ait pu prêter un faux témoignage soit au bénéfice soit même peut-être au détriment de la partie qui a fait appel à son concours, de même qu'un cojureur est susceptible de commettre un parjure.

Ces textes généraux sur les témoins pouvant tout aussi bien s'appliquer aux témoins instrumentaires qu'aux témoins proprement dits ne nous donnent pas la preuve cherchée. J'éliminerai de même et sans discussion les dispositions qui se rapportent sûrement aux cojureurs ¹⁾ et aux témoins instrumentaires ²⁾.

¹⁾ Tit. XIV, 2 et 3 (ms. de Wolfenbüttel); XVI, 3 (même ms.); XXXIX, 2; XLII, 5; XLVIII, 2; LIII, 1, 5; LVIII. Le nombre des textes de la loi Salique relatifs aux cojureurs est, on le voit, très réduit, surtout si on le compare, par exemple aux nombreuses dispositions qui les concernent dans la loi des Ripuaires. En outre, dans ces textes, la cojuration se présente comme un mode de preuve subsidiaire. On a voulu y voir la preuve que dans la loi Salique, la cojuration n'est pas la preuve de droit commun. C'est là une conclusion exagérée. En réalité les rédacteurs de la loi Salique nous laissent dans une ignorance absolue quant à la manière dont la preuve était administrée normalement. Ils supposent ces règles connues. Peut-être un document législatif antérieur avait-il fixé la pratique judiciaire sur ce point? Peut-être les règles de la matière étaient-elles seulement déterminées par la coutume non écrite? En tout cas le silence de la loi n'est un argument ni pour ni contre la cojuration. Quant au fait que les cojureurs apparaissent dans nos textes comme des moyens de preuve subsidiaires, il ne prouve pas non plus que dans des circonstances normales, ils n'aient pas servi de preuve de droit commun. Il peut tout aussi bien signifier que dans certains cas, où un doute aurait pu naître sur le point de savoir si le défendeur est autorisé à faire sa preuve (par les moyens ordinaires), cette autorisation lui est accordée. Nous retrouverons cette question plus loin. — On a enfin voulu démontrer le caractère exceptionnel de la cojuration dans la loi Salique en s'appuyant sur un capitulaire additionnel à la loi, le titre CII de Hessels, ainsi conçu: „In quantas causas electi debeant jurare. De dote et de res qui in hoste praedata sunt et de homine qui in servitio revocantur. Si amplius jurarent quam tres causas rem illa in capite reddat. Et quantum lex de causa illa habet culpabilis: de illis qui juraverunt tres qui seniores fuerant, sol. 15 culpabilis judicentur, et reliqui juratores quinos solidos solvant." Mais BEAUDOUIN, *op. cit.* p. 504 et s. n'a pas eu de peine à montrer que ce texte, d'ailleurs manifestement corrompu, n'a pas le sens qu'on lui attribue et que, même s'il l'avait, il ne faudrait pas y ajouter foi.

²⁾ Il serait fastidieux — et sans intérêt pour la question traitée —, de rapporter ici les nombreux textes de la loi se rapportant au témoignage instrumentaire et concernant les institutions les plus variées, la *mannitio*, la *fides facta*, la *res praestita*, la procédure contre l'*homo migrans*, le *reipus*, etc.

Plus délicate sera la reconnaissance des témoins de notoriété. Dans certains cas pourtant leur caractère apparaîtra en pleine lumière. Ainsi au T. II, § 12, lorsqu'il s'agit d'apprécier la qualité de *votivus* du porc volé ¹⁾ au T. XXXIII, § 2, lorsque il s'agit de savoir si l'animal tué l'a été dans une chasse ou ailleurs ²⁾, ce sont là des informations portant sur une circonstance accessoire du délit qui correspondent exactement à la définition que j'ai donnée plus haut des témoins de notoriété.

A part ces textes, manifestement en dehors de notre sujet, la loi Salique n'en présente que deux autres où figure le mot *testis*: le § final titre IX et le titre XXXVI.

Le premier de ces textes ne figure pas dans le manuscrit considéré comme l'un des meilleurs, le n°. 4404 de la Bibliothèque Nationale: dans les autres, il constitue le dernier paragraphe du titre IX. Il est ainsi rédigé, d'après le manuscrit de Wolfenbüttel.

IX 8. Si vero per inimicitiam aut per superbia sepem alienam aperuerit et in messe, in prato, in vinea, vel qualibet laborem pecora miserit, cuius labor est si convinctus eum fuerit ad testibus, stematum damnum reddat mal. leodardi et insuper damnum MCC.

Ce texte, mis en avant par tous les partisans de la doctrine dominante constitue-t-il une démonstration de l'existence de la preuve testimoniale? Il en serait ainsi si les témoins dont parle notre passage ne pouvaient appartenir à aucune des catégories que nous avons de prime abord écartées. On ne saurait évidemment, voir en eux des cojureurs, non pas, à vrai dire, à cause du mot *testes* qui est parfois employé pour désigner des cojureurs, mais en raison de l'allure générale de la phrase, qui pourrait difficilement signifier que l'accusé est convaincu par ses propres partisans. D'autre part il serait absurde de penser, pour un délit, à l'emploi du témoignage instrumentaire. Le témoignage de notoriété ne

¹⁾ Tit. II, 12: Si quis maiale votivo furaverit et hoc testibus, quod votivus fuit, potuerit adprobari [mal. rhammodo, h. e.] D C C denarios, qui faciunt solidos XVII et dimidium culpabilis iudicetur, excepto capitale et dilatura.

²⁾ Tit. XXXIII, 2: Si quis cervo domestico signum habentem furaverit aut occiderit, qui ad venatione mansuetus est, et hoc per testibus fuerit adprobatum quod eum dominus suus in venationem habuisset aut cum ipsum duas aut tres feras occidisset [mal. throvidioso, h. e.] M D C C C dinarios qui faciunt solidos XLV culpabilis iudicetur.

saurait être de mise ici non plus, puisque l'objet de la déposition des témoins est l'acte délictueux lui-même. Reste le flagrant délit. Sans doute les termes du texte, tel que je l'ai transcrit, sont trop vagues pour décider s'il s'agit ou non d'une hypothèse où le délinquant est pris sur le fait, mais cette interprétation se trouve confirmée par la version du manuscrit 4404, qui, bien qu'elle soit située dans un autre titre de la loi, vise la même situation et correspond, selon toute probabilité, d'après tous les éditeurs depuis HESSELS ¹⁾ au passage dont nous cherchons le sens. Or elle est conçue dans ces termes :

XXVII, 2 Si quis in messe aliena pecus suum in furtum miserit et ipse inventus fuerit.

Les mots *et ipse inventus fuerit* font une allusion certaine à un coupable pris sur le fait ²⁾, et c'est la même idée qui serait rendue dans les autres manuscrits, par l'expression beaucoup moins nette *si convictus fuerit ad testibus* ³⁾. Il y a donc lieu, à mon avis, d'écarter ce texte comme nous offrant un exemple de flagrant délit et non de témoignage judiciaire proprement dit ⁴⁾.

La loi Salique ne nous présente plus qu'un texte mentionnant les témoins, c'est le titre XXXVI ainsi rédigé :

De quatrupidibus, si hominem occiderunt. Si quis homo ex qualibet quadrupedem domesticum fuerit occisus et hoc per testibus fuerit adprobatus, medietatem dominus ipsius quadrupedis cogatur solvere, ipsum vero quadrupedem pro alia medietatem requirenti restituat.

Cette disposition est de tout point analogue à celle que nous venons d'examiner : les deux expressions *hoc per testibus fuerit adprobatus*, et *convinctus fuerit ad testibus* sont synonymes. Ici comme dans l'hypothèse précédente, nous avons nécessairement

¹⁾ En vertu d'un raisonnement fondé sur la glose malbergique.

²⁾ De même, au titre XXI, 2, la même expression doit s'interpréter dans le même sens.

³⁾ Si l'on donnait au mot *convincere* le sens propre et énergique de lier, nous aurions au contraire ici une confirmation singulière de cette hypothèse : le coupable serait *lié*, *enchaîné* par les témoins. Or nous savons par ailleurs que lier, *ligare*, est une expression technique pour désigner la prise sur le fait et la procédure du flagrant délit. Mais j'hésite à donner ici au mot *convincere* un sens si anormal.

⁴⁾ BRUNNER, *op. cit.* II, 395, n. 19 écarte également ce texte, mais pour une raison qui me paraît moins plausible.

affaire à un mode de preuve fourni par l'accusation, et qui consiste dans le témoignage. Pas plus dans l'hypothèse présente que dans l'autre il ne peut s'agir de cojuration, de témoins instrumentaires ou de témoins de notoriété. Mais les *testes* dont parle le texte sont-ils des témoins de rencontre, des témoins quelconques, ou, comme en matière de bris de clôture, des témoins du flagrant délit? L'expression par elle-même est équivoque, et l'interprétation qu'elle doit recevoir dépend essentiellement du régime général des preuves dans la loi. Dans un document législatif moderne ou dans un texte de droit romain nous n'hésiterions pas à lui attribuer le sens le plus général, mais il y aurait erreur de méthode à lui donner, comme allant de soi, une pareille interprétation dans un texte franc. Seul le hasard d'un manuscrit conservé nous a permis de découvrir le vrai sens de l'expression dans le paragraphe 8 du titre IX: peut-être la découverte, malheureusement improbable, d'un manuscrit nouveau, nous permettrait-elle de fixer dans le même sens l'expression toute semblable du titre XXXVI. En tout cas, le rapprochement des deux textes n'autorise pas à voir dans ce dernier titre la preuve de l'existence du témoignage judiciaire dans la loi Salique. Il n'est pas possible de fonder sur un texte aussi imprécis et aussi équivoque une théorie qui se heurte par ailleurs à de graves objections d'ordre général. Si la loi ne nous offre aucun autre texte impliquant la preuve testimoniale, il nous faudra nécessairement interpréter celui-ci comme nous mettant en présence d'une hypothèse de flagrant délit. Or nous avons achevé de passer en revue les passages de la loi Salique qui parlent de *testis* ou de *testimonium*. Il est vrai qu'on en allègue d'autres qui, sans prononcer le nom, feraient une allusion très nette à la chose; il convient de les examiner maintenant.

II. Textes où le mot *testis* ne figure pas.

1. Une première masse de textes pourra être écartée sans qu'il soit besoin d'une étude approfondie. Ce sont tous ceux qui parlent, sans plus, de la nécessité d'une preuve pour obtenir la condamnation du défendeur. On a fait remarquer judicieusement que ces expressions vagues: „*si ei fuerit adprobatum*” qui se retrouvent si nombreuses dans la loi, ne désignaient nullement d'une façon

nécessaire une preuve fournie par le demandeur. A plus forte raison est-il complètement arbitraire d'y voir une allusion à une preuve testimoniale. L'expression par elle-même ne parle que de la nécessité d'une preuve, mais elle reste absolument muette sur la façon dont celle-ci sera administrée ¹⁾).

2. Il y a lieu d'examiner plus attentivement un second groupe de textes qui a été considéré par certains auteurs, notamment par MAYER-HOMBERG ²⁾ comme constituant la preuve la plus décisive en faveur de l'existence du témoignage judiciaire dans la loi Salique. Ce groupe se compose de 4 dispositions, dont trois appartiennent au titre *De Conviciis* T. XXX et l'autre au titre LXIV. Leur trait commun, où l'on veut voir un argument décisif, est l'expression „*si probare non potuit*” qui figure dans chacune d'elles. Voici comment on raisonne: le texte nous dit que le plaideur n'a pas pu prouver son assertion; mais il n'aurait pu la prouver que par témoins, les délits qu'il impute à son adversaire n'étant pas susceptibles d'être prouvés par un autre moyen. Pour éprouver la solidité de cette argumentation, il convient d'examiner les textes ³⁾.

Ces quatre passages sont des cas d'injures verbales. Il s'agit d'un individu accusé d'avoir appelé une femme entremetteuse ou sorcière, un homme délateur ou faussaire, ou enfin d'avoir reproché à quelqu'un de s'être enfui en jetant son bouclier. Bref ce sont toutes des hypothèses de diffamation. L'individu convaincu d'avoir prononcé des paroles injurieuses sera puni d'une amende variable, mais très forte, *si non potuerit adprobare*. Que faut-il entendre par ces mots? Les auteurs ne paraissent pas mettre en doute qu'il

¹⁾ Je me borne à renvoyer, sur ce point, à la démonstration décisive de BEAUDOUIN, *op. cit.* p. 432, s. *Contra*, DECLAREUIL, *op. cit.* p. 22.

²⁾ *Op. cit.* p. 193.

³⁾ Tit. XXX, 3. Si quis mulierem ingenuam seu vir seu mulier alteram meretrice vocaverit et non potuerit adprobare, MDCCC dinarios, qui faciunt solidos XLV culpabilis judicetur — 6. Si quis alteri reputaverit quod scutum suum jactassit et non potuerit adprobare, CXX dinarios qui faciunt solidos III culpabilis judicetur — 7. Si quis alterum ditatorem aut falsatorem clamaverit et non potuerit adprobare, DC dinarios qui faciunt solidos XV culpabilis judicetur. — T. LXIV, 2: Si quis mulierem ingenuam stria clamavit et probare non potuerit, MMD dinarios in triplum qui faciunt solidos CLXXXVII cum dimidio culpabilis judicetur.

s'agisse ici de la preuve, imposée au défendeur, de la réalité de l'imputation. Il serait exonéré de toute responsabilité si, ayant traité une femme de sorcière, par exemple, il prouve que cette femme se livre effectivement à des pratiques de sorcellerie. Et cette preuve, ajoute-t-on, ne peut guère se faire que par témoins. Il y a là deux assertions distinctes qu'il faut examiner successivement.

Selon les principes de la procédure germanique, un individu accusé n'a pas d'autre alternative que d'avouer ou de nier¹⁾. Il ne peut se purger de l'accusation en alléguant des faits indépendants, de nature à atténuer ou à supprimer sa culpabilité: en un mot, les exceptions sont en principe inconnues du droit franc. Si ce principe s'appliquait dans nos hypothèses, l'individu accusé de propos diffamatoires ne serait pas autorisé à se justifier en offrant de faire la preuve de la réalité de ses imputations. C'est, pour d'autres motifs, le système consacré par notre droit français. Or s'il convient de donner aux mots *si potuerit adprobare* le sens qu'on leur attribue d'ordinaire, la loi Salique contiendrait en cette matière une exception remarquable au formalisme procédural qui la régit dans son ensemble. Accusé d'avoir prononcé des imputations diffamatoires, le Franc-Salien aurait pu s'innocenter non pas en prouvant qu'il ne les avait pas prononcées, mais en prouvant qu'elles sont conformes à la réalité. Il y a là une anomalie dans la procédure qu'on ne paraît pas avoir suffisamment remarquée. Comme il semble impossible de traduire différemment l'expression litigieuse, il s'ensuit que le diffamateur pourra, sans avouer ni nier, passer à la *probatio* des faits allégués.

Mais toute autre est la question de savoir comment se fera cette *probatio*. Inconsciemment dirigés par nos habitudes d'esprit, nous donnons naturellement au mot *probare* un sens actif. Une tradition maintes fois séculaire nous ayant appris qu'il n'y a de preuve que d'un fait positif, nous transportons sans le vouloir cette conception dans l'interprétation des textes anciens. Or on ne saurait contester qu'à tout le moins la preuve négative joue dans le droit franc un rôle aussi important que la preuve positive. Le mot *probare*, à lui seul, n'implique pas plus la démonstration d'un fait

¹⁾ Sohm, *Le procès de la loi Salique*, trad. THÉVENIN, p. 7, s.; 92, s.

que la disculpation, fournie par l'adversaire, de l'accusation dont il est l'objet. Il signifie simplement convaincre ¹⁾. *Si non potuerit adprobare* ne veut donc pas dire autre chose que ceci: s'il n'a pas réussi à prouver son accusation, le texte restant muet sur les moyens employés. Dès lors, il n'y a aucune raison de penser que la démonstration tentée par l'accusé ne se fera pas par les modes de preuve ordinaires du droit franc, c'est à dire, le plus normalement, par le serment purgatoire de la personne en cause. Pour reprendre l'exemple choisi, le diffamateur serait absous si la femme qu'il a accusée de sorcellerie ne réussit pas à faire prêter serment au nombre légal de cojureurs. Dans ces conditions ces quatre passages cessent de constituer des preuves ou même des présomptions en faveur de l'existence de témoins judiciaires dans la loi Salique. Il faut délibérément les écarter.

3. On a enfin voulu voir le témoignage judiciaire attesté dans la loi Salique par un certain nombre de dispositions qui contiennent l'expression „*si certa probatio non fuit*”. Ces mots ne peuvent s'appliquer, dit-on, qu'à la preuve par témoins, parce qu'ils ne sauraient convenir à aucun autre mode de preuve. ²⁾ Les passages où ils figurent autorisent le défendeur *si certa probatio non fuit* à se disculper par la cojuration ou par l'ordalie. C'est donc que cette *certa probatio* qui n'est pas fournie doit émaner du demandeur. D'autre part cette *certa probatio* ne peut être que le témoignage, car le serment du demandeur, l'ordalie à laquelle il aurait offert de se soumettre, preuves auxquelles on pourrait songer, „ne sont pas susceptibles de plus ou de moins; dès qu'elles sont accomplies suivant les règles elles se suffisent à elles-mêmes. On ne peut imaginer après elles un acte complémentaire ³⁾.”

Tel est l'argument: je n'en méconnais pas la force: je ne le

¹⁾ Au titre LIII, 1, le mot *adprobare* est pris indubitablement dans un sens négatif. Il s'agit d'un individu qui, à la suite d'une convention passée avec son adversaire, est autorisé à remplacer l'épreuve de l'ordalie par la cojuration. Ce plaideur devra payer une certaine amende pour „racheter sa main”. Or le texte s'exprime ainsi: „Si talis causa est unde legitime DC dinarios qui faciunt solidos XV si adprobatus fuerit, reddere debuerat.” *Si adprobatus fuerit* ne peut avoir d'autre sens que le suivant: s'il eût été convaincu par l'ordalie. Cf. même titre, § 3.

²⁾ DECLAREUIL, *op. cit.*, p. 32 s.

³⁾ Id. *ibid.* p. 32.

crois pas pourtant irrésistible. Il existe deux façons de l'écarter.

La première nous est fournie, chose curieuse, par l'auteur même qui soutient avec le plus de force la thèse de l'existence du témoignage judiciaire dans la loi Salique, M. DECLAREUIL. Ce savant estime en effet que l'expression qui lui paraît une preuve du témoignage judiciaire, les mots: „*si probatio certa non fuit*” ne font vraisemblablement pas partie du texte primitif, qu'ils sont des gloses ajoutées à une époque indéterminée par des copistes. Il fait observer qu'en dehors d'un passage, le Tit. XXXIX, § 2, ce membre de phrase ne se retrouve que dans un seul manuscrit, et dans le passage même où il se retrouve dans tous n'hésite pas à lui reconnaître le caractère d'une glose. S'il en était bien ainsi, il est évident que l'auteur aurait dû renoncer à en faire état pour appuyer son argumentation quant au texte le plus ancien de la loi Salique, seul en cause dans cette partie de son travail.

Mais l'expression litigieuse est-elle bien une glose? Il me paraît téméraire de l'affirmer. A supposer même qu'elle en soit une ailleurs, comment lui reconnaître ce caractère au T. XXXIX où elle est attestée par la majorité des manuscrits? M. DECLAREUIL en voit la preuve dans les mots *sicut pro hocciso* qui figurent au texte. Il lui semble peu probable que le législateur ait procédé ainsi par renvoi. N'est-ce pas prêter au législateur salien nos habitudes de rédaction modernes? Il est fort possible, au contraire, qu'il ait procédé par renvoi, et la chose, vraisemblable en soi, serait plus probable encore si l'on admettait, avec M. PÉTRAU-GAY que la loi Salique est une compilation faite de sentences judiciaires ¹⁾. Quoi qu'il en soit, il me paraît difficile de soutenir que la proposition incriminée ne faisait pas partie du texte primitif.

Comment convient-il alors de l'interpréter?

Sans doute le sens que lui donne M. DECLAREUIL est séduisant, mais est-ce là la véritable signification de l'expression? Je lui accorderais volontiers le premier point, à savoir que la *probatio certa* dont il est question n'est pas une preuve émanant du défendeur, mais dire que cette preuve est nécessairement le témoignage me paraît une conclusion aventureuse. L'expression „*si probatio certa*

¹⁾ Pétrau-Gay. *La notion de Lex dans la coutume salienne et les capitulaires*. Thèse Lyon 1919.

non fuerit'' n'équivaut pas forcément à celle-ci „*si probatio fuerit incerta*'' . Ce n'est là qu'une des deux traductions possibles, celle qu'on obtient en isolant le mot *certa* ; il en existe une autre, au moins aussi naturelle, qui laisserait unis en un tout indivisible les mot *probatio certa* et qui se rendrait en français par les mots : „si la preuve certaine n'est pas faite''.

Contre cette traduction l'argument qui consiste à dire que la preuve par témoins seule est susceptible de degrés de certitude, est sans force, car le manque de *probatio certa* n'implique pas la possibilité d'un *probatio incerta*. Le texte indique seulement qu'à défaut de preuve certaine le défendeur sera autorisé à se disculper : rien de plus, rien de moins.

Quelle est cette preuve ? Ecartons l'ordalie du demandeur, dont nous ne voyons aucune trace dans la loi Salique. L'ordalie, qui joue un rôle secondaire dans ce document, est partout réservée au défendeur. C'est, chez les Francs tout au moins, un mode de libération et non d'accusation ; il paraîtrait au moins arbitraire de reconnaître ici à cette institution un rôle très différent de celui qu'elle joue dans tous les passages de la loi Salique où elle figure. J'en dirai autant du serment avec cojureurs, lequel est dans notre loi exclusivement réservé à la partie attaquée. Sans doute il est probable que le plaignant devait formuler sa demande ou son accusation sous forme d'un serment, mais cette forme solennelle donnée à la plainte peut-elle être considérée comme une *probatio certa* ? Cette doctrine est condamnée par ses conséquences : la *probatio certa* d'après les textes où figure cette expression, empêche le défendeur de se disculper par cojuration ou par ordalie. Il suffirait, par conséquent, à un demandeur de formuler son accusation sous forme d'un serment pour arracher à son adversaire ses moyens de défense les plus précieux et sans doute les seuls qu'il eût à sa disposition : la cojuration et l'ordalie. Le serment du demandeur pas plus que l'ordalie ou la cojuration employées par lui, ne nous semblent, comme à M. DECLAREUIL du reste, être visés par l'expression que nous cherchons à éclaircir.

Il ne reste, à mon avis, qu'une solution, c'est que la *certa probatio* dont parlent nos textes se rapporte au cas de flagrant délit. Et c'est en effet l'hypothèse qui me paraît avoir pour elle les plus grandes vraisemblances.

Exprimer par les mots *certa probatio* la prise sur le fait n'aurait pas de quoi surprendre. Les lois germaniques considèrent le flagrant délit comme une preuve à ce point certaine, qu'elles n'autorisent pas l'individu pris sur le fait à se défendre. Seule la législation royale posera le principe qu'un accusé ne pourra pas être condamné sans avoir été admis à présenter sa défense ¹⁾. Le droit populaire n'a pas de ces scrupules: il n'autorise la défense que dans l'hypothèse où l'accusation ne se présente pas avec des caractères tels que la cause paraît en quelque sorte jugée d'avance, lorsqu'elle n'offre pas toutes les apparences de la certitude: *si probatio certa non fuit*.

Rien dans les textes allégués ne vient s'opposer à une pareille interprétation. Les dispositions du titre XIV, § 2 et 3 et du titre XVI § 3 (ms. de Wolfenbüttel) ne soulèvent aucune difficulté ²⁾. Il s'agit des crimes de pillage et d'incendie, qui, par leur nature même, rendent possible la prise du coupable en flagrant délit. Il en est de même du titre XLII § 5 où l'expression figure dans le manuscrit de Paris, et qui se rapporte au crime d'agression à main armée. Dans ces différentes hypothèses, on conçoit très bien que le criminel puisse être pris sur le fait et que toute possibilité de défense régulière lui soit alors refusée. Le seul texte embarrassant est celui du titre XXXIX, § 2, où les mots *si certa probatio non fuerit* sont attestés par les meilleurs manuscrits ³⁾. Il s'agit ici du crime de plagiat, c'est-à-dire du crime qui consiste à vendre un homme sur lequel on n'a aucun droit. Dans les paragraphes précédents il était question du plagiat commis sur l'esclave d'autrui. Ici la victime est un homme libre. Le texte nous fait savoir que l'individu soupçonné d'avoir vendu un homme libre pourra se disculper par cojuration si le délit n'est

¹⁾ Par ex. const. de Clotaire I (560) c. 3; Edit de Clotaire II (614) c. 22.

²⁾ Titre XIV, 2. Si vero Romanus barbarum Salico expoliaverit.... et certa probatio non fuerit.... per XXV se juratores exsolbat.... — 3. Si vere Francus Romano expoliaverit et certa probatio non fuerit, XX se juratores exsolvat.... Titre XVI, 3. Si Romanus hoc Romanum admiserit, et certa probatio non fuerit, per XX se juratores exsolbat.... — Tit. XLII, 5. Si quis villam alienam expugnauerit.... si tamen probatio certa non fuerit, cum XXV.... exsolvat.

³⁾ Titre XXXIX, 2. Si quis hominem ingenuo plagiaverit et probatio certa non fuit, sicut pro occiso juratores donet.

pas prouvé contre lui. En quoi consiste cette preuve? Evidemment, il ne peut s'agir dans ce texte d'un flagrant délit proprement dit. Il nous faut étendre tant soit peu cette notion, et assimiler au flagrant délit toute circonstance permettant de formuler l'accusation avec un degré de certitude tel qu'aucune preuve contraire n'est possible. Tandis que dans les hypothèses précédentes la *probatio certa* est fournie par des voisins, elle est constituée, vraisemblablement, pour le plagiat, par les témoins instrumentaires qui ont assisté à la vente, exactement de la même façon qu'un individu qui n'a pas obéi à l'ordre de *mannitio* est nécessairement condamné par la déposition des témoins instrumentaires de la *mannitio* ¹⁾.

Par là se trouve terminé l'examen des textes de la loi Salique qui peuvent paraître faire directement ou indirectement allusion à la preuve testimoniale. Les résultats de notre recherche, pour être négatifs, n'en sont pas moins nets. Aucun des textes qu'on nous présentait comme impliquant l'existence de témoins judiciaires dans la loi Salique ne nous a paru probant. Tous peuvent aisément s'interpréter dans un autre sens. Aussi admettons-nous sans hésiter que la loi Salique ne se singularise nullement, sous ce rapport, d'avec les législations voisines.

Si l'on considère ce point comme établi, il en résulte trois conséquences qui ne sont pas négligeables.

Tout d'abord nous pouvons désormais écarter, comme non fondé, l'argument, tiré du système des preuves, d'après lequel la loi Salique aurait subi l'influence romaine. En cette matière comme dans les autres, la loi Salique, dans sa première rédaction connue, reflète un droit spécifiquement germanique.

En second lieu notre étude confirme, par ses résultats, les considérations sociologiques qu'après d'autres nous avons exposées au début de ce travail. L'exclusion de la preuve testimoniale est en parfaite harmonie avec les conditions sociales du peuple salien. Le témoignage reste incompatible avec la forte cohésion du groupe qui régnait alors et s'opposait à la libre activité de l'individu.

Mais le principal résultat de cette étude est, à mes yeux, la

¹⁾ Titre I.

lumière qu'elle jette sur le mécanisme de la preuve dans le procès franc primitif. Débarrassé désormais de cette pierre d'achoppement qu'était la preuve testimoniale, ce système nous apparaît avec une grande simplicité de lignes. Il ne comprend que deux éléments : pour l'attaque, le flagrant délit entendu au sens large, et comprenant diverses variétés telles que le témoignage des voisins ou le témoignage instrumentaire ; pour la défense, le serment (avec cojureurs) et exceptionnellement l'ordalie. Au cas de flagrant délit (*probatio certa*) aucune défense n'est possible. Si au contraire l'accusation se présente dans des conditions normales, le défendeur ou l'accusé peut se disculper. Le rôle du juge est ainsi réduit au minimum. A vrai dire ce n'est pas lui qui dira la sentence ; elle résultera mécaniquement des conditions mêmes du procès, qui n'est lui-même qu'une suite de dilemmes ne comportant qu'une alternative. Il y a flagrant délit ou il n'y en a pas. Au premier cas, le défendeur est condamné. Au cas contraire il peut avouer et payer la composition, ou nier. S'il nie, il devra se disculper par la cojuration (ou l'ordalie) et ici encore de deux choses l'une, ou il échoue et paiera la composition, ou il réussit et sera absous. Toutes ces solutions sont automatiques. Le juge ne fait que fixer les délais et déclarer la composition encourue, en consultant les tarifs de la loi Salique. Cette passivité absolue du juge quant au fond du litige est en contradiction avec le témoignage judiciaire, qui implique de sa part tout au moins un effort de raisonnement. Aussi ne voyons-nous ce dernier apparaître que devant une juridiction plus savante : la juridiction royale. — En un mot, le témoignage judiciaire, complètement étranger à la loi Salique, ne prend naissance que lorsque se trouvent réalisées deux conditions nécessaires à son apparition, une émancipation suffisante de l'individu au sein du groupe, et une organisation judiciaire donnant au juge une certaine participation à la sentence.

L'EMPEREUR FRÉDÉRIC II DE SOUABE ET LES PARLEMENTS

PAR

P. S. LEICHT (BOLOGNE).

Les historiens ont beaucoup discuté sur l'importance de la „*sententia de iure statuum terrae*” rendue par la *curia solemn*is de l'empire à Worms le 1 mai 1231, et qui reconnaissait „*quod neque principes neque alii quilibet constitutiones vel nova iura facere possint, nisi meliorum et maiorum terrae consensus primitus habeatur*” ¹⁾. Les uns croient que cette décision apporte une limitation au droit des princes de légiférer et d'établir des impôts. Sous ce rapport la sentence aurait une importance décisive pour la création des états provinciaux dans les territoires de l'empire. Ce serait à partir de ce moment que les „*meliores et maiores*”, c'est à dire les barons ecclésiastiques et féodaux des provinces impériales, auraient affirmé leur droit d'être consultés sur tout changement des constitutions ou des impositions du pays ²⁾. Les autres pensent, au contraire, que la sentence ne change en rien ces rapports: elle reconnaît seulement les conditions antérieures. Pour ces écrivains, avant comme après la sentence, on ne pouvait rien changer au droit de chaque pays sans le consentement préalable des notables; quant aux impôts, la sentence ne

¹⁾ *Monumenta Germaniae Historica, Constitutiones* ed. WEILAND II, 420.

²⁾ Dans les temps qui précèdent il y a des exemples de ces consultations, mais, dit M. v. BELOW, *Territorium und Stadt*, 170, elles ont lieu seulement *de facto*, pas en droit. M. ZELLER, *L'empereur Frédéric II*, Paris 1885, croit aussi que les états se sont formés à ce moment.

les regarde pas, l'expression „nova iura” n'étant qu'une répétition du mot „constitutiones”. M. SPANGENBERG qui a formulé le mieux cette théorie voit dans l'arrêt que la *curia* rendit, sous l'influence directe des représentants de l'empereur Frédéric II, une résolution prise en vue de donner l'appui impérial aux seigneurs féodaux en lutte depuis plusieurs années contre les princes qui, à l'aide de leurs ministériaux, les exploitaient en dépit des anciennes coutumes du pays ¹⁾.

Cette question est très intéressante pour l'origine des états provinciaux, et aussi pour la connaissance de la politique impériale et de ses directives à l'époque la plus brillante de Frédéric II.

On doit observer avant tout que l'interprétation donnée par M. SPANGENBERG aux mots „*constitutiones vel nova iura*” est fort contestable. Déjà M. LUSCHIN v. EBENGREUTH, le distingué historien du droit autrichien, a observé que le privilège impérial octroyé en 1237 aux habitants de la Styrie, qui étaient opprimés par leur duc, nomme la monnaie parmi les droits que le prince ne peut changer sans le „*consilium commune ministerialium maiorum*” ²⁾: on voit par là que le „*consensus maiorum et meliorum terrae*” s'étendait par delà le droit coutumier dans le domaine des droits financiers. Mais il y a des preuves plus péremptoires. Le duché du Frioul était gouverné, dans la première moitié du XIII^e siècle, par le patriarche Berchtold de Méranie, un des amis les plus fidèles de l'empereur. Le duché appartenait au royaume d'Italie, mais Frédéric avait fait au patriarche, à partir de 1220, dans plusieurs diplômes, des concessions tout à fait semblables à celles dont s'étaient réjouis les princes allemands, et quant à la décision de la *curia* de l'empire de 1231, il est très probable qu'elle était aussi valable pour l'Italie, vu la confusion qui existait alors entre les diètes d'Allemagne et d'Italie. Il est très intéressant pourtant de constater que deux documents, provenant du gouvernement du patriarche Berchtold, nous attestent que le droit de consentement des *maiores et meliores* s'appliquait non

¹⁾ SPANGENBERG, *Vom Lehnstaat zum Ständestaat*. München, 1912, p. 13 n. 2.

²⁾ LUSCHIN VON EBENGREUTH, *Oesterreichische Reichsgeschichte* ¹, Bamberg 1914, p. 198 n. 2.

seulement aux changements du droit coutumier mais aussi aux impositions¹⁾. Ils proviennent tous les deux du „colloquium generale” du Frioul, c'est à dire de ces états provinciaux friouliens qui durèrent longtemps, puisque leur vie se prolonge du XIII^e siècle jusqu'à la chute de la république de Venise. Dans le premier de ces documents, les états accordent au patriarche une aide pour les fortifications qu'il élevait contre les Trévisans, dans le second ils approuvent une constitution qui autorise les „censuales” d'Aquilée à disposer de leurs biens par testament. On voit par là que, au temps même de Frédéric II, les *nova iura* signifiaient des impositions.

Sur un point M. SPANGENBERG a raison en ce qu'il considère l'arrêt de 1231 comme une reconnaissance des anciens droits. Dans le Frioul même nous ne trouvons pas de preuves décisives de cette activité des *maiores terrae* antérieurement à 1231²⁾, mais dans les pays qui l'entourent nous trouvons en 1189 une assemblée des vassaux de l'évêché de Trévis qui concède le *podrum* à l'évêque pour son expédition à Rome à la suite de l'empereur Lothaire, et au commencement du XI^e siècle l'assemblée des *magnates Histriae* qui donne son consentement à la paix de cette contrée³⁾. Néanmoins, même pour les pays qui ont avant 1231 une organisation provinciale, les assemblées des *maiores terrae* sont quelque chose de nouveau. Jusque là il était pourvu à toute

¹⁾ Je me rapporte pour tout ce qui suit aux preuves que j'ai données dans mon livre *Parlamento Friulano*, vol. I, Bologna, Zanichelli 1917. Il appartient à la collection: *Atti delle assemblee costituzionali Italiane*, publiée sous ma direction par l'Accademia dei Lincei. De cette collection ont paru, dans la série moderne, 5 volumes des *Assemblee della repubblica Cesaipina*, dans la série médiévale un volume du *Parlamento Friulano* et un volume des *Consigli Fiorentini*. Un volume concernant les parlements du royaume de Sicile est sous presse. Plusieurs autres volumes sont en préparation.

²⁾ Le premier document que j'ai publié dans mon *Parlamento Friulano*, est de l'époque du patriarche Berchtold, mais il est daté seulement de la I^e indiction. La date plus probable est l'année 1228, mais on peut aussi lui assigner comme date l'année 1243 qui a également l'indiction première. Le second document est du mois d'août 1231 et par conséquent de quelque peu postérieur à l'arrêt de Worms.

³⁾ Le document de 1189 a été publié par UGHELLI-COLETI, *Italia Sacra* V, 531—32; la pax Histriae dans *M. G. H., Constitutiones*, éd. WEILAND, I 610. Je les ai réimprimés tous les deux dans mon *Parlamento Friulano*.

fonction, judiciaire, législative, financière par une assemblée qui se réunit pour les besoins du moment et qui n'a rien de commun avec les autres, si ce n'est que les personnes qui les composent sont à peu près toujours les mêmes. A partir du XIII^e siècle, et par l'effet d'un mouvement qui trouve son expression dans la sentence de 1231, ces assemblées s'unifient les *maiores terrae*, forment un seul corps qui n'a pas encore, il est vrai, la composition uniforme et close qu'il aura plus tard, mais où l'on peut déjà constater les commencements bien distincts d'une organisation corporative. C'est ainsi que les *maiores terrae* peuvent avoir dans quelques pays une part assez importante dans certaines affaires. Nous avons parlé tout à l'heure du parlement du Frioul; dans ce pays nous voyons, par exemple, que peu d'années après la mort de Frédéric II et du patriarche Berchtold (1251), le successeur de ce dernier, le patriarche Grégoire de Montelongo envoya à Rome des ambassadeurs pour donner son appui aux prétentions du roi Ricard à la couronne impériale¹⁾: dans le document on déclare que les ambassadeurs représentent non seulement le patriarche mais aussi les états provinciaux. Ainsi le corps des prélats, nobles et communautés des villes est ici déjà formé et prêt à exercer une action politique considérable.

Mais quel intérêt peut justifier l'appui donné par Frédéric II au développement du contrôle des *maiores terrae*? M. SPANGENBERG a cru, nous l'avons vu, que dans la sentence de Worms se cache l'intention de l'empereur de s'assurer la fidélité des classes féodales qui luttaienent alors pour limiter la puissance des princes désireux de soumettre complètement leurs territoires. L'empereur se serait donc rangé dans cette question du côté des vassaux contre les princes. Mais l'opinion du savant écrivain sur ce point ne me semble pas fondée. Que l'on considère le moment politique où l'arrêt fut rendu. C'est le 1 mai 1231, le jour même où l'infortuné Henri VII fut contraint par les représentants de son père de signer ce *statutum in favorem principum* qui constituait le fondement des nouvelles principautés territoriales, et nous savons bien que Frédéric sacrifiait les droits de l'empire pour s'assurer le

¹⁾ Ce document a été publié par WINKELMANN, *Acta Imperii Medita*, Innsbruck 1880, I, 586 (*Parlamento Friulano*, doc. II, p. 7).

concours des princes contre ce même Henri dont on soupçonnait la fidélité, qui s'était entouré de chevaliers et de gens de petit état et avait donné son appui aux villes contre leurs seigneurs. Peut-on supposer qu'en ce moment l'empereur se serait mis contre les princes dont il désirait si vivement l'appui?

Mais il y a une autre raison à faire valoir contre l'opinion de M. SPANGENBERG également contraire; elle résulte de la constatation que la politique de Frédéric à l'égard des parlements est partout la même: en Italie, comme en Allemagne, dans le royaume de Sicile, comme dans le duché frioulien. Ici les états se développent avec la bienveillance du patriarche Berchtold qui est, comme nous l'avons déjà dit, un des courtisans les plus dévoués à l'empereur, ce même patriarche qui osa soutenir dans le concile de Lyon en présence du terrible Innocent IV, la théorie des deux glaives si chère aux écrivains gibelins ¹⁾. Dans le royaume sicilien, le parlement se réunit plusieurs fois, pendant le règne de Frédéric II, pour délibérer sur des constitutions nouvelles et pour accorder la concession des subsides ²⁾. Ajoutons que dès l'année 1232, un an après l'arrêt de Worms, les villes du royaume eurent un siège dans les états ³⁾. Ce fait est très important, mais il y a encore à considérer les innovations apportées par le parlement de janvier 1234 à l'administration du royaume. Ce parlement créa des cours provinciales qui devaient se réunir deux fois par an et où les sujets pouvaient présenter leurs plaintes contre les officiers du roi ⁴⁾. Les documents que nous possédons ne parlent pas de l'exécution pratique de ces mesures, mais elles sont certainement en relation avec les autres dont nous avons parlé tout à l'heure et qui appartiennent également à cette même époque

¹⁾ *Chron. de rebus in Italia gestis*, p. 197. Les guelfes se méfiaient du patriarche: sur ce dernier consulter l'étude de MGR. PASCHINI, *Bertoldo di Merania patriarcha d'Aquileia* (*Memorie storiche Forogiuliesi* XVI Udine, 1920 p. 56).

²⁾ On peut consulter la liste dressée par CALISSE, *Storia del Parlamento Siciliano*, Torino 1887 p. 297 e. s. Une édition complète des actes des parlements du royaume de Sicile est sous presse dans la collection *Atti delle Assemblee Costituzionali Italiane*, par les soins du prof. L. GENUARDI.

³⁾ HUILLARD BRÉHOLLES, *Historia diplomatica Friderici II*, IV, 390.

⁴⁾ HUILLARD BRÉHOLLES, *op. cit.* IV, 460: in hac curia liberum erit cuilibet tam clerico quam laico proponere gravamina que sustinuerunt tam a iustitiariis provinciae quam ab aliis officialibus.

du gouvernement de l'empereur¹⁾. On ne peut nier, je crois, qu'il n'y ait ici un dessein général de la politique de Frédéric II favorable au développement des états, et nous ne pouvons attribuer à des causes locales les mesures qu'il a prises dans ce sens, dans les différents pays où s'étendait sa domination.

Quelques historiens²⁾ désireux d'expliquer le motif de l'introduction des villes dans le parlement de Sicile ont avancé une hypothèse qui pourrait être considérée comme une justification générale de cette politique. Les villes du royaume de Sicile étaient très riches et l'empereur les considérait comme une source intarissable de subsides pour ses finances. Mais elles étaient protégées par des privilèges immunitaires³⁾ et les introduire dans les états, était un moyen de les contraindre à consentir à des concessions de subsides qu'elles n'auraient pas faites peut-être, si les ministres du roi avaient dû traiter séparément avec chaque ville. Si l'on pouvait considérer cette raison comme vraiment décisive, elle pourrait s'appliquer non seulement à l'introduction des villes dans le parlement de Sicile, mais aussi à toutes les mesures favorables au développement des états provinciaux et ainsi se résou-

¹⁾ On a affirmé que les parlements de Sicile n'avaient pas en ce temps l'autorité d'approuver les lois du royaume : les officiers royaux auraient simplement notifié au parlement les constitutions déjà approuvées par le roi et le rôle du parlement se serait borné à écouter passivement cette publication. Cette opinion a été émise pour la première fois par un ancien historien du royaume ROSARIO GREGORIO, dans son livre : *Considerazioni sopra la storia di Sicilia*, Palermo 1816, p. 253 et elle a été adoptée plus tard par d'autres écrivains. Elle se fonde sur le fait que dans les mss. des constitutions de juin 1231, on lit qu'elles furent *promulgatae* dans le parlement. Le mot, dit-on, indique seulement une publication, pas une discussion. Mais le chroniqueur contemporain Riccardo di S. Germano ajoute à ce propos : „mense iunii, constitutiones novae, quae Augustales dicuntur apud Melfiam, Augusto mandante, conduntur”. Les constitutions ont par conséquent été *conditae*, c'est à dire formées, dans le parlement de Melfi, pas seulement publiées.

²⁾ MAYER, *Italienische Verfassungsgeschichte*, Leipzig 1909, I, 321.

³⁾ Ces privilèges dérivait du droit coutumier, comme on le voit dans le passage suivant de Ugo Falcando, c. 55, rapporté par MAYER, ouvr. cit. I, 321 n. 87 : „at illi libertatem civium et oppidanorum Siciliae pretendentes nullos se reditus aiebant nullos exactiones debere, sed aliquotiens dominis suis urgente qualibet necessitate, quantum vellent, sponte et libera voluntate servire.”

draît l'autonomie apparente entre le *statutum in favorem principum* et la *sententia de iure statuum terrae*. En effet, la participation des *maiores terrae* aux assemblées provinciales serait, en définitive, un moyen donné aux princes pour augmenter leur budget aux frais de leurs sujets. Est-ce donc là vraiment le motif principal des mesures de Frédéric II? Je ne le crois pas. On ne peut pas nier, il est vrai, que cette considération ne soit entrée dans les motifs cachés de la politique si compliquée et subtile de l'empereur, mais je ne puis y voir la vraie „cause” déterminante. Je vois un indice tout à fait contraire à cette hypothèse, dans le fait que, en Allemagne, on admit les villes dans la *curia imperii* seulement à la fin du XIII^e siècle, et dans les états provinciaux seulement au cours du XIV^e siècle ¹⁾. Pourquoi ce retard si l'intérêt des princes est le fondement de la nouvelle organisation des états qui se forme en conséquence du jugement de 1231? Les villes allemandes étaient sans doute des contribuables de premier ordre, pourquoi donc les princes ne les auraient-ils pas admises dans les états naissants, puisque cette admission leur donnait le moyen de les forcer à de plus larges contributions? Pour quelle raison se seraient-ils servis de ce moyen seulement vis-à-vis des féodaux appauvris par les guerres du XIII^e siècle?

Les immunités fondées sur des privilèges généraux ou sur des coutumes générales ont sûrement une grande importance dans la formation et le progrès des états, mais on ne doit pas oublier que le développement de ces derniers est pour ce qui concerne les impositions, une arme bien plus favorable aux classes privilégiées qu'aux princes: c'est un moyen redoutable dont elles se servent pour mieux leur résister, bien plus qu'un instrument dans les mains des princes pour les contraindre. Comment pourrait-on considérer des mesures favorables au développement des états comme concertées dans le seul but d'augmenter le pouvoir financier du souverain ou des princes? ²⁾

¹⁾ SCHRÖDER, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte* ¹ p. 510. UNGER, *Geschichte der deutschen Landstände*, Hannover, 1844, II, 86 sq.

²⁾ On peut voir aussi sur cette question mon étude: *Un principio politico medievale* (Rendiconto della Reale Accademia nazionale dei Lincei vol. XXIX fasc. 7-10, Roma 1920), ou j'ai fait des observations de même nature sur l'introduction des communes au parlement d'Angleterre en 1295.

La question est donc très compliquée. Je pense que pour la résoudre il faut se souvenir des troubles qui eurent lieu en Allemagne et en Italie dans les années qui précèdent la *sententia de iure statuum terrae* et les mesures adoptées dans le royaume de Sicile. En Allemagne, on l'a vu, il y avait en plus de la lutte contre les villes, des différends continuels entre les princes et les barons féodaux. Dans le royaume sicilien il y eut de sanglantes émeutes : Messine et d'autres villes se révoltèrent contre les justiciers royaux. La révolte de Messine eut lieu en août 1232¹⁾; le premier parlement où l'on admit les villes d'une façon régulière se réunit en septembre de la même année. Dans le patriarcat d'Aquilée aussi, il y eut pendant les premières années du gouvernement du patriarche Berchtold une insurrection des vassaux libres contre leur prince. Les premiers documents du parlement frioulien sont de peu postérieurs à la fin de ce mouvement. On doit ajouter que l'empereur Frédéric, en ce temps même, lorsqu'il invita les députés des villes italiennes à la diète de Ravenne²⁾, déclara que par l'effet de cette convocation devait suivre la „*promotio status imperii et tranquillitas totius Italiae*” et dans un autre endroit de la même lettre il dit que les délibérations de la diète devaient „*sedare discidia civitatum intus et extra ferventia et inter vicinos populos omnem turbinem et odii fomitem amovere.*” Je pense que ces coïncidences ne sont pas dépourvues de signification : que, à cette époque, la cour impériale poursuivait vraiment l'idée d'obtenir la pacification des pays soumis à la maison de Souabe par l'organisation des états. L'union des classes privilégiées dans les assemblées était aux yeux de l'empereur un moyen de prévenir la dissolution de l'état, la rupture du lien impérial, une anarchie semblable à celle qui régnait dans l'Italie supérieure où les villes étaient toujours en révolte contre l'empire. La sentence de Worms fut rendue, sans doute, à la suite d'une entente préalable entre les princes et les représentants de l'empereur sur les mesures de pacification, ce qui nous explique la coïncidence de la *sententia de iure statuum terrae*

¹⁾ RYCCARDI DE S. GERMANO, *Chronica priora* ed. Gaudenzi, Napoli 1888, p. 144; cfr. GENUARDI, *Il comune del medioevo in Sicilia*, Palermo 1921, p. 103.

²⁾ M. G. H. *Constitutiones*, II, 190—191, 1231, 1 nov.

et du *statutum in favorem principum* qui datent, on le sait, du même jour.

Le dessein eut une exécution différente en Italie et en Allemagne, à cause des conditions de ces pays. La politique de l'empereur visait seulement à affermir sa puissance chancelante : c'est pour cela que, en Allemagne, où les villes sont encore faibles et où la cour pouvait encore avoir l'espoir de pacifier le pays par un accord entre les princes et les féodaux, on n'admit pas les villes dans les états, ce qui aurait signifié renoncer à les dompter par la force et reconnaître leurs prétentions à l'autonomie vis-à-vis des princes. En Italie, au contraire, où le mouvement autonomiste des villes a une force irrésistible l'empereur qui, sur les exemples de ses prédécesseurs¹⁾, les avait invitées au *colloquium generale* du royaume d'Italie à Ravenne, les admit aussi au parlement de Sicile. Pour les états provinciaux on peut citer, en Italie, le parlement du Frioul, où le patriarche Berchtold admit aussi, dès le même temps, les envoyés des villes²⁾.

La diversité des conditions locales amena une autre différence dans l'organisation des états en Allemagne et dans le royaume de Sicile. En Allemagne, où le *statutum in favorem principum* avait créé des principautés territoriales et où des différends avaient eu lieu entre les princes et les féodaux, le dessein vise surtout les états provinciaux. Dans le royaume de Sicile, où le souverain conserve l'unité du gouvernement, on laisse peu de place aux assemblées provinciales et l'activité parlementaire est concentrée dans les états généraux.

Mais si les particularités sont différentes, on ne peut nier que, dans tous ces pays, la politique de Frédéric II eut la même direction : celle de protéger le développement des états. C'est justement le contraire de ce qui a été affirmé par plusieurs écrivains. Nous trouvons, par exemple, dans le beau livre de M. ZELLER sur Frédéric II, l'affirmation qu'il y avait des envoyés des villes

¹⁾ Les exemples remontent jusqu'à la moitié du XIIe siècle : MAYER, *Ital. FG.* cit. II, 175.

²⁾ LEICHT, *Parlamento Friulano I*, doc. I (1228) : *deliberato consilio tam prelatorum, quam fidelium, ministerialium quam civium.*

dans les parlements de Sicile antérieurement à ce souverain et qu'ils disparurent sous son règne ¹⁾).

M. PRUTZ, qui a décrit avec tant de verve les changements apportés par l'empereur à l'administration de son royaume méridional, ne dit mot sur les parlements et sur l'admission des envoyés des villes ²⁾. C'est ainsi que s'est formée la légende du caractère despotique et presque oriental du gouvernement de Frédéric. Il était certainement un adversaire acharné de l'indépendance des villes lombardes; cela est vrai sans aucun doute. Mais quel empereur, à moins qu'il ne fût un pâle fantôme comme les premiers Habsbourg, l'aurait admise? Cela aurait signifié tout simplement renoncer à la domination de l'Italie, à la conjonction des deux couronnes de l'empire et de Sicile, le plus beau résultat de la politique de Henri VI. Mais s'il fut l'adversaire des villes lombardes, il n'est pas nécessaire de croire qu'il concevait l'état avec les idées d'un despote oriental. Au contraire, son action politique ne nous semble pas conçue dans le but de constituer un pouvoir despotique. En Allemagne, il renonce à une partie considérable de ses pouvoirs en faveur des princes, dans son royaume de Sicile, il forme le dessein des assemblées provinciales où ses sujets pouvaient se plaindre des abus des fonctionnaires royaux; il admet même les représentants des villes au parlement. Ces mesures nous prouvent qu'il ne se renfermait pas dans une conception despotique qui, d'ailleurs, ne correspondait pas aux tendances autonomistes de son temps. Il le reconnut et cela s'accorde bien avec la largeur d'esprit du souverain qui abolit, dans ses constitutions augustales, le *jus naufragii* et le droit d'aubaine et réprima si fièrement les violences féodales. Que l'on accuse la politique de Frédéric II de faiblesse, de versatilité et même de cruauté, on sera quelquefois dans le vrai; mais on doit néanmoins avouer que cette politique se ressent toujours de la haute intelligence

¹⁾ ZELLER, *L'empereur Frédéric II*, ouv. cité, p. 264; JORDAN, *Les origines de la domination angevine en Italie*, Paris, 1909, p. 4: „... trois mots le résument (le régime de Fréd. II): centralisation, hiérarchie, fonctionarisme... les institutions de l'état le plus despotique et le plus régulièrement administré qu'il y eût en Europe brusquement imposées à ce chaos qu'était l'Italie au moyen-âge”.

²⁾ PRUTZ, *Storia degli stati medievali dell' occidente*, Milano 1885, p. 905 sq.

de l'empereur et des grands hommes qui l'entourent. Elle poursuit un but peut-être suranné, la restauration du pouvoir universel de l'empire; mais elle se plie aux circonstances, elle cherche à pourvoir aux besoins de son temps et souvent le devance. Les mesures favorables aux états en sont une preuve.

À PROPOS DU DROIT DE PRÉLATION ET DU DROIT DE LODS ET VENTES

PAR

M. MARION (PARIS).

La recette par un seigneur, dans des conditions normales et régulières, du droit de lods et ventes à lui dû par un acquéreur dans l'étendue de sa directe, lui laissait-elle la faculté d'exercer le retrait, ou même, et pour parler plus juste, de céder à un tiers son droit de prélation, droit que SALVIAT, dans sa *Jurisprudence du Parlement de Bordeaux* (1787), distinguait avec soin du droit de retrait, en ce que le retrait était un droit personnel au seigneur lui-même tandis que le droit de prélation était essentiellement un droit cessible à autrui, du moins dans le ressort du Parlement de Bordeaux? A cette question raison et équité répondent nécessairement non; et tel est aussi le sentiment de tous les jurisconsultes. „Prélation et lods et ventes”, dit RENAULDON, *Dictionnaire des fiefs*, § 264, „sont 2 droits incompatibles, dont l'un exclut l'autre.... Lorsque le seigneur reçoit le paiement des lods et ventes du nouvel acquéreur, il est déchu de son droit de prélation.” — Le paiement des lods et ventes, dit GARRAN DE COULON, *Encyclopédie Méthodique*, article *Prélation*, forme une fin de non recevoir généralement admise contre l'exercice du droit de prélation.” HENRION DE PANSEY et MERLIN, article *Lods et ventes* du *Répertoire de Jurisprudence* de GUYOT: „Le seigneur qui a reçu les lods et ventes n'est plus recevable à retirer le droit de retrait et celui de lods s'excluent mutuellement.... Il est de maxime que le seigneur en exigeant lods et ventes se prive du droit de retrait soit féodal soit censuel.... L'article 122 de la Coutume d'Artois.... en contient une disposition expresse, et c'est une vérité généralement reconnue.” Etc. etc.

Et cependant, malgré toutes ces autorités, malgré l'invraisemblance du fait, il faut bien répondre à cette question par l'affirmative, au moins pour le ressort du Parlement de Bordeaux, celui de tous qui semble avoir poussé jusqu'à ses limites les plus extrêmes l'usage ou même l'abus du droit de prélation. De plusieurs cahiers de 1789 de la région girondine il résulte que les habitants se plaignaient d'actes de dépossession bien des années quelquefois après entrée en jouissance et paiement des lods et ventes, et, en effet, des faits de ce genre se produisaient quelquefois. Il arrive, dit le cahier de Bellefond (Gironde) qu'un acquéreur paye les lods et ventes au fermier du seigneur, il répare, il jouit de ce fonds : 10 ans après il plaît à un inquiet de prendre de ce même seigneur le droit de prélation, qu'il lui accorde, et au moyen de ce titre le premier acquéreur est évincé". — „Quoique, dit le cahier de Guîtres, les lois ne permettent aux seigneurs d'exercer le droit de prélation sur les fonds vendus dans leur directité que tout autant qu'ils ne reçoivent point les lods et ventes du contrat, non seulement on nous dépouille de nos acquisitions 29 ans après que nous les avons payées et que le fermier du seigneur les a reçues, quoique ce même droit de lods et ventes fût compris dans la généralité du bail à ferme de tous les droits de la terre mais encore porte-t-on l'abus et l'injustice jusqu'à nous faire payer le droit de prélation après avoir payé les lods et ventes". Etc., etc.

Et RENAULDON lui-même, se contredisant, semble bien admettre dans un autre passage (§ 183) la co-existence de ces deux droits que nous l'avons vu tout à l'heure déclarer exclusifs l'un de l'autre. „Le seigneur a droit de recevoir les lods et ventes et de céder le droit de prélation, ce sont 2 droits différents : et ce qui le prouve d'une manière bien claire, c'est que le fermier des droits seigneuriaux n'a point la faculté d'user du droit de prélation, quelque étendue qu'ait le bail à ferme, s'il n'y est point fait mention expresse de ce droit Si donc le paiement des lods fait au seigneur équivaut au droit de prélation, c'est parce que le seigneur en recevant ainsi les lods est plutôt censé renoncer au retrait qu'il n'est présumé l'accorder”

C'est dans cette nouvelle opinion de RENAULDON que se trouve la vérité juridique, toujours du moins dans le ressort de Bor-

deaux. Et il ne faut pas voir dans ce maintien, en réalité, d'un droit auquel on a semblé renoncer une fâcheuse subtilité juridique, une restriction mentale: l'explication est beaucoup plus simple: toute la difficulté de la question provient de la confusion faite sous un seul nom, lods et ventes, de deux choses en réalité distinctes. En effet l'habitude était d'accorder sur ce droit généralement fort élevé (en Guyenne la plupart du temps 8,33 %) une remise dont les acquéreurs profitaient volontiers; mais alors le seigneur se réservait la faculté de céder si bon lui semblait son droit de prélation: au contraire si les lods et ventes étaient payés intégralement, alors le seigneur était à tout jamais déchu de la prélation. C'est ce qu'exprimait en termes parfaitement clairs un subdélégué de Monflanquin dans un mémoire sans date, mais certainement du milieu, à peu près, du XVIII^e siècle, „il se perçoit pour le compte du duc D'AIGUILLON comme engagiste de l'Agenais... les lods et ventes... fixés au denier 12 sous la remise ordinairement d'un quart quand on ne prend le droit de prélation, et quand on demande le droit de prélation celui qui est chargé de ce recouvrement exige et perçoit les lods et ventes en entier". Donc, deux choses distinctes, qui ne s'excluent pas, mais qui au contraire se surajoutent: on peut devenir acquéreur à prix réduit, mais en courant les chances d'une dépossession ultérieure: si l'on veut sauvegarder l'avenir, il faut payer les deux droits.

La même distinction apparaît plus nettement encore, s'il est possible, dans l'affaire d'un sieur DESPECH, acquéreur en mars 1789 d'un domaine dans la juridiction de Lavardac, sénéchaussée de Nérac, pour 42000 L. dont 37000 pour les immeubles et 5000 pour les meubles. Il expose dans une pétition à l'Assemblée Constituante du 25 avril 1790 qu'il s'est transporté au mois de septembre dans le bureau du sieur FERRER, receveur de M. le duc DE BOUILLON, qu'il l'a prié de lui faire accorder par ledit seigneur le droit de prélation sur son acquisition, et qu'il lui a demandé à cet effet 2195, qu'il lui a comptés de suite; qu'il a payé en outre au sieur DUTILH, autre receveur du duc DE BOUILLON, les lods et ventes au 12^{ème} du prix; qu'il ignorait alors que l'Assemblée nationale eût aboli sans indemnité ce droit de prélation; et il en demande remboursement.

Il importe donc de faire cette distinction, trop souvent perdue de vue, et la vraie solution de la difficulté juridique en question serait donc à peu près celle-ci : un acquéreur pour se prémunir contre toute chance d'éviction avait à payer, outre un droit de lods et ventes nécessaire pour se faire admettre, un supplément, de dénomination et de quotité variables selon les temps et les lieux : et c'est évidemment parce que ce second versement avait été généralement négligé que les plaintes contre l'abus du droit de prélation tiennent tant de place dans les cahiers de Guyenne. Il était naturel en effet que l'énorme plus-value acquise par la terre quelque temps avant la Révolution, et le grand désir d'acheter qui se manifestait parmi les paysans, amenassent des surprises désagréables pour les tenanciers qui ne s'étaient pas mis complètement en règle.

D'autre part les seigneurs, pour tirer quelque parti de cette plus-value, avaient tendance de leur côté à se faire ainsi indemniser, par ce moyen détourné, d'une mutation qui jadis leur avait peu rapporté.

UN PROJET DE CODE CIVIL TARDIF ET INÉDIT

NOTICE PAR

J. VAN KAN (LEIDEN).

Dans les premières années de la Révolution, les citoyens étaient assez portés à se mêler de l'œuvre codificatrice à accomplir. Mais dès que le gouvernement prend la tâche en mains, l'initiative privée s'esquive presque aussitôt ¹⁾.

On est d'autant plus surpris de rencontrer un plan de code civil projeté par un simple particulier en plein Consulat, alors que les travaux de la commission de l'an VIII s'acheminaient déjà vers leur achèvement. Ce particulier n'était même pas homme de loi. Il exerçait, à Bordeaux, la profession d'imprimeur. Le projet est conservé à la Bibliothèque Nationale ²⁾. Il est resté à l'état de manuscrit, lequel semble tout prêt pour l'impression. Le titre porte: *Réflexions ou projet de loix sur le code civil et sur les successions en général et le commerce*, par A. CASTILLON, père, imprimeur et citoyen de Bordeaux. A Bordeaux, en pluviose an Xe républicain ou 1802.

C'est un essai de codification élaboré en une centaine de pages, petit in 8°, précédé d'une dédicace „à la nation française et au citoyen BONAPARTE, son premier magistrat et le pacificateur d'Europe", augmenté en outre „d'observations critiques et préliminaires". Le corps de l'ouvrage contient, en une douzaine de chapitres, dont quelques-uns sont accompagnés de réflexions générales, l'esquisse de onze projets de lois comprenant 129 articles.

¹⁾ Voir *Revue d'histoire du droit*, t. III, p. 220.

²⁾ Ms., fonds français, nouv. acq. n°. 4258.

L'impression n'ayant jamais eu lieu, le travail est resté complètement ignoré. Il est même fort probable qu'il fut ignoré, à l'époque de sa composition, par les rédacteurs du code civil et par tout le monde.

La valeur intrinsèque de l'œuvre est d'ailleurs à peu près nulle. Les réflexions générales qu'on y trouve ne dénotent point des connaissances exactes, le style législatif est défectueux et terne, le plan de l'ouvrage manque de précision et de méthode, le tout d'idées claires et solides. C'est le produit de l'illusion naïve et myope nourrie par un dilettante sur la facilité apparente de l'œuvre codificatrice, presque un anachronisme à l'époque du Consulat, alors que l'expérience nouvellement acquise, à la suite de l'avortement total des tentatives privées, avait déjà appris au peuple français qu'il ne suffit pas pour être codificateur d'y mettre son bon vouloir.

Et cependant, même ce monument de puérile niaiserie d'un bourgeois qui se piquait d'être législateur en grand, a pour nous une valeur documentaire, car lui aussi reflète les convictions et les aspirations de l'époque. A ce titre je me borne à relever un passage de l'introduction, où l'auteur nous apprend que „le droit romain, le droit français, comme celui de tous les autres pays et qui ont été adoptés par les divers peuples de l'univers, n'ont pas été l'objet de (ses) recherches”, que, négligeant tout cela, il a cru „ne devoir fouiller que dans la nature et ne (se) servir que de (sa) raison” ¹⁾. C'est de là que cet amateur en l'art de la législation s' imagine avoir tiré tout son projet. Voilà une confession de foi juridique venant d'un homme du peuple, dans laquelle est formulée d'une façon simple et véridique la croyance au droit naturel captivant les esprits du temps de la Révolution, qui n'est point sans intérêt pour quiconque cherche à faire, au point de vue juridique, l'histoire de cette époque.

¹⁾ P. II—III.

SOCIÉTÉS SAVANTES.

SOCIÉTÉ D'HISTOIRE DU DROIT (PARIS).

SÉANCE MENSUELLE DU 9 FÉVRIER 1922.

M. OLIVIER MARTIN fait une communication sur *le nantissement des rentes et des hypothèques, à Paris, au début du XVe siècle.*

Dans le dernier état du droit coutumier, il existe à Paris, un régime occulte de transmission de la propriété et des droits réels qui s'oppose nettement au régime des coutumes septentrionales de *nantissement*, où la transmission s'accompagne d'une publicité effective. Ces deux régimes ont cependant une origine commune dans le système de l'investiture seigneuriale obligatoire, qui entraînait, par elle-même, une certaine publicité. Mais tandis que les coutumes du nord renforçaient cette publicité, dans l'intérêt des tiers, à Paris, dès la fin du XIVe siècle, la pratique tend à se passer de l'investiture seigneuriale, au moins en ce qui concerne les rentes et les hypothèques. De nombreux droits réels, et surtout des rentes, sont ainsi créés et transmis d'une manière purement occulte, en particulier sur les maisons de Paris.

Au début du XVe siècle, les malheurs de la guerre déchaînèrent, à Paris, une crise immobilière. Le roi s'efforça de remédier, par divers expédients, à la situation lamentable des propriétaires. L'ordonnance du 27 mai 1424 chercha à diminuer le poids des rentes qui grévaient les maisons, en permettant aux propriétaires notamment, de les retirer en cas d'aliénation; et pour faciliter l'exercice de ce retrait, l'ordonnance imposa les solennités du *nantissement* pour la constitution et la transmission des charges nouvelles, comme pour la validation des anciennes. Ces mesures paraissent avoir été inspirées par des expériences antérieures à Amiens, Béthune et Tournay, où les formalités de l'investiture seigneuriale avaient été maintenues.

L'ordonnance de 1424 annonçait, pour préciser les formes du nantissement, une déclaration, qui ne fut jamais publiée. La faculté directe de rachat des rentes, prévue dans certains cas déjà, en 1424, et étendue dans la suite, fut plus efficace que le retrait, elle améliora la situation si promptement, qu'on ne jugea plus à propos d'imposer le nantissement à une pratique hostile. L'expédient, envisagé en 1424, n'eut donc pas d'influence sur l'évolution ultérieure du droit parisien, qui proclama, en 1510, le caractère facultatif de l'investiture seigneuriale. Il mérite cependant d'être signalé, parce qu'il permet de mieux nuancer l'histoire du droit coutumier sur un point délicat, et d'apercevoir le rôle joué par la question des rentes, dans le développement de la technique parisienne relative aux aliénations immobilières.

M. PAUL FOURNIER analyse et commente un récit, peu connu, d'un procès soutenu à Rome, en 1143, devant le pape Innocent II, par Hariulphe, abbé de St. Pierre d'Ondenbourg, monastère de la Flandre maritime. Ce récit est extrait du *Chronicon majus* d'Ondenbourg, publié par la Société d'Emulation de Bruges, et reproduit au tome 174 de la *Patrologie latine* col. 1544 et suivantes. On y trouve un tableau très vivant du fonctionnement de la justice à la cour pontificale, avant l'introduction de la procédure romano-canonique, qui fut la conséquence de la renaissance des études de droit romain.

SÉANCE MENSUELLE DU 9 MARS 1922.

Dans une communication sur *l'origine des juridictions consulaires*, M. LEFAS expose comment une étude sur celle de Lille, faite par lui, d'après des documents inédits et parue dans *la Revue du Nord*, l'a amené à rechercher l'origine de ce genre de juridictions.

M. LEFAS en rappelle les principales caractéristiques, d'après les édits de 1549, pour Toulouse, et 1563, pour Paris. Il écarte ensuite comme origine directe de la plupart de ces juridictions: a) les juridictions municipales, — b) celles des foires et marchés.

En revanche, les documents concernant Marseille, Nice, Montpellier et Perpignan permettent d'affirmer une parenté, et même une filiation directe pour Marseille et Montpellier, entre les consulats de mer, existant dans ces villes depuis le XVe siècle et les juridictions consulaires qui y ont été installées aux XVIe et XVIIe siècles.

Ce rapprochement est confirmé par une indication relative à la ville de Bruges.

Les marchands de Rouen, dans leur requête adressée en 15... au roi de France, pour l'obtention d'une juridiction commerciale, se réfèrent expressément aux usages de Bruges. Or, dans cette ville fonctionnaient plusieurs consulats à l'usage des diverses „nations” espagnoles. Ces institutions jouaient à la fois le rôle de consulats de mer, celui de nos agences consulaires à l'étranger, et celui de nos justices consulaires. On retrouve les caractéristiques de ces dernières dans des actes, qui précisent le fonctionnement des consuls des marchands, en Espagne. Cette institution pourrait être venue d'Espagne en France. La création de la première juridiction consulaire à Toulouse, en 1549, confirmerait cette hypothèse.

M. ESPINAS, au nom de la Commission des chartes de franchises, donne lecture d'un compte-rendu, très complet et très détaillé, de l'état actuel des travaux entrepris en vue d'établir l'inventaire des chartes de franchises et de communes, inédites ou déjà imprimées, de la France entière. La *Note circulaire* rédigée par la commission pour recruter des collaborateurs et organiser cette vaste enquête, a été envoyée à un millier d'exemplaires, adressée aux archivistes, érudits, professeurs, bibliothécaires, universités et sociétés savantes, de qui l'on pouvait attendre un concours utile pour opérer ce dépouillement de fonds d'archives et d'imprimés. Ce sont les premiers résultats obtenus que M. ESPINAS fait connaître à la Société. D'après les renseignements parvenus ou promis dès à présent, on peut estimer que deux cinquièmes de la France environ seraient inventoriés. Les régions qui ont le moins répondu à l'appel, notamment celles de l'ouest, sont du reste, en général, celles qui sont les plus pauvres en documents de ce genre. Il y a néanmoins un effort à faire encore. Il sera fait. Au total, dès maintenant, la Commission a trouvé des collaborateurs dans presque toutes les régions. M. ESPINAS donne des détails sur les résultats positifs, actuellement obtenus, et qui légitiment l'espoir de mener à bonne fin l'œuvre commencée.

REGISTER. — TABLE ALPHABÉTIQUE.

	Bl.		Bl.
ABBAS ANTIQUUS .. 67, 71, 90, 92, 303, 316, 320, 322, 328		Angoumois	121
ABBAS LAUDUNENSIS	122,4	Anons Case	207,7
Absens (obligatie van den). 321v., 329vv.		Ante nati	185, 191,2
Accapareurs de sel	122, 142	Antitribonian ou Discours d'un grand... jurisconsulte.....	1vv.
ACCURSIUS	301	ἀπυργή	173
Achat (Mariage par).....	373	Aquileia	410, 415
Acquest	69	ARCHIDIACONUS . Zie G. de Baysio.	
Acquisitio hereditatis per testationem apud judicem	270,2	ARENA (JACOBUS DE)	92, 315
Acquisition of the status of a subject 178vv., 189v., 196v.		Assemblée Nationale . 218v., 221, 223, 225	
Acted Ritual	244	Athenian law	163vv., 237
Actio incerti	351	Attestation (Purpose of)	241ff.
Actus legitimus 240, 246, 248, 335, 338		Attha	40
Ademptio	264,3, 264,5	ATTICUS	246vv.
„Adeo cernoque”	240	Aubaine (Droit d’)	417
Aditio hereditatis	239vv., 336	Auchmutz v. Mulcaster (1826)	194,4
Ager publicus	369v., 381	AUGUSTINUS	282, 284v.
AGIER (P. J.)	219	AURELIUS (M.)	253v., 268
Agrarisch Communisme	369v.	Azo	82
AFRICANUS	352vv.	BACHOFEN	368, 371
Aides	124, 127, 148, 152	Bacon v. Bacon (1641)	195,3
„ (receveur des).....	127	BACON 181,1, 186, 192, 194,7, 196,5, 205,5, 207,7, 208,2	
ALBENGA (JAC. VAN)	303, 309, 326	BACON	232
Aldirmon	40	Balancier politique 1795	233
ALDRICUS	301	BALDUINUS (JAC.)	303, 305, 312
ALFENUS VARUS	263	BALDUS	332
Aliens .. 175vv., 200vv., 284vv., 304vv., 324vv.		Baljuw	37, 39
Alligiance to the King	175v., 182	Banalité	122, 159
„ „ „ lord.....	175, 178	Bannitio	36, 38v.
ALVANLEY	212,2	BARAILON	228
Ambachtsheer	34, 37	BARTHOLOMEUS VAN BRESCIA	299
Amende	373v., 381	BARTOLUS DE SASSOFERRATO ... 315, 322, 328, 332	
ἀμφοτέρων	170, 172	BEAUCHET	163, 174, 369
AMUNDSEN	369	BELLEPERCHE (PIERRE DE) ... 66v., 70v., 93, 283, 315, 322, 329, 332	
ANDREAE (JEAN)	304, 323vv.	BERNARDUS COMPOSTELLANUS jun. ..	298v.
Angers	131vv.		

	Bl.		Bl.
BERNARDUS VAN PARMA (= VAN BOTONE) 303, 305, 309, 312, 314, 325		CARACALLA.....	268
BERNARDUS VAN PAVIA.....	298	CARNOT.....	226
BERTHOLDO DI MERANIA. 409, 411v., 416		Carson's Case.....	207,7
Bewijsrecht in de lex Salica.... 388vv., 399vv., 407		Carcassonne.....	159vv.
Bezit..... 57, 111,1, 112,1, 165vv., 174		Carta Mercatoria.....	204
Bezitsbescherming.... 55v., 165vv., 174		CARTOU.....	222
BISINIANO (SIMON DE).....	288	CASSIUS.....	343v., 346v.
BLACKSTONE.....	202	CASTILLON (A.).....	423
Blankard v. Galdy (1694).....	190,3	CASTROPALAO (FERDIN.).....	281
BOISSEL.....	224, 231	Cé.....	131vv.
BOISSY D'ANGLAS.....	229, 234	Centuria.....	111,1
Boistard v. Cumbwell (1243).....	201	CHABOT.....	230
Bona paterna.....	270	CHALMERS.....	194
Bonifacius VIII Decretale: Ut Aninorum.....	279, 323vv.	CHANTEREYNE (V.).....	218
Bona materna.....	269vv.	„Chambre à Sel”.....	143v.
Bonorum possessio (secundum tabulas).... 241, 255,5, 267v., 274,5 275		Champagne.....	65, 80 v., 146
Bordeaux.....	419v.	CHARLES VII.....	120, 139
BOUCHE (CH. F.).....	223	CHARLES VIII... 150, 155, 156,3 158,2	
BOUCHERAT.....	14,2vv.	CHARLES DE NAVARRE.....	148
BOUCHESEICHE.....	226	CHARLES LE TÉMÉRAIRE .. 147, 150, 154	
BOUHC (HENR.).....	67vv., 71	CHARLIER.....	219
Boulton v. Dobree (1808).....	210,2	CHERHAL MONT-RÉAL.....	231
BOURGOIS.....	228	CHOPIN.....	64
Bourgondie.....	25, 146, 150vv.	Christendom. Invloed op Romeinsche recht.....	100
BRACON.....	177,1, 191,2, 192v., 201	CICERO.....	5,3, 166, 174, 245vv. 255 v., 258v.
BRAUSE.....	235	CINUS VAN PISTOJA.....	92 v., 331
Bray.....	63, 73	Clemens III. Decretale A Nobis. 301vv.	
Bretagne.....	25, 121, 130, 140, 148	Cobledike's Case.....	182,3, 188,1
Brétigny. Verdrag van.....	120, 161,4	Code Merlin.....	215
Briseur de sel.....	142	Code Pénal (1790).....	215
Brocks v. Phillips (1569).....	207,7	Codificatieverlangen in de Vereenigde Staten.....	102
BRY (DE).....	230	„ in de XVIde en XVIIde eeuw.....	4v.
CAECINA.....	174	„ (Spifame).....	7
Calvin's Case ... 175, 178, 180,2, 181v. 184 v., 190, 202		„ (Montaigne).....	8
Calvin's Case (Gevolgen). 188 v., 192vv.		„ onder Lodewijk XIV .. 12vv.	
CAMBACÈRES.....	215, 220	Cojureurs.....	390v., 395v., 402, 404
Campbell v. Hall (1774).....	190,4	COKE.....	184, 190, 204,1, 205, 207, 208,1, 208,2
Canonieke literatuur.....	67, 90vv.	COLBERT.....	13, 20
CAPPIN.....	227	Collingwood v. Pace (1664).....	195,3
		Colloquium generale.....	410, 416

	Bl.		Bl.
Colonial Law.....	190	Curator minoris.....	247
Comitia curiata.....	105, 243.6	Curia.....	105
Comparatieve rechtsschool.....	367	Curia imperii.....	408v., 414
COMPARETTI.....	235v.	CUSSET.....	226, 231
Competentie regeling.....	63, 138v. 142v., 205	Daimler Co. v. Continental Tyre & Rubber Co. (1916).....	213
Conditio.....	254vv., 333vv.	DARESTE.....	163v., 369
Conditio juris jurandi.....	260, 267	D'ARGENTRÉ.....	67, 69
Confarreatio.....	243, 243,2	DARWIN.....	381
Confiscation.....	137,1 140, 142	DAUNOU.....	229
Coniuratores.....	235v.	Dauphiné.....	25, 161,4
Consensus maiorum et meliorum terrae.....	409vv.	DEBRY.....	230
CONSTANTIJN.....	244, 268vv.	DECLAREUIL.....	403v.
Constitution 1791.....	215	Decretum Gratiani.....	284vv.
„ 1793.....	215	Deductio quae moribus fit....	166, 173, 243v.
„ 1795.....	233v.	Defendant's part (in a trial)...	166, 172
Constitution pour la république fran- çaise 1793.....	230	De Geer v. Stone (1882) ..	196,4, 196,5 196,6
Constructie (juridische).....	365	Delateurs.....	129, 137,1, 138
Consuetudines personales..	66 vv., 83vv.	DEMON.....	163vv.
„ reales. 66 vv., 82v., 86vv. 92, 318vv.		DEMOSTHENES.....	163vv.
Consuetudo feudi dominantis .	65, 78vv.	Denegatio actionis.....	241
„ litigantium.....	294vv.	„Denizen".....	181, 195, 202
„ terrae....	65, 67, 78 vv., 90 321, 328	DEO (JEAN DE).....	324
Consulaires (jurisdictiones).....	426	Detestatio sacrorum.....	243,6
Convention.....	219v., 225vv., 233	DI MARZO.....	337
COPLEY (J. S.).....	194,3	δικαιοσύνη.....	170vv.
Corporation.....	213, 213,3	Dies.....	256,3, 257, 333vv.
CORVINUS.....	3	DIKAIIOGENES.....	172
„Courretier de sel".....	142	δικη πλάτης.....	165
COUPÉ.....	232	δικη ἐξοίλης.....	165vv.
Coutume de Paris.....	26, 68	DINUS.....	315
Coutumes des pays de Vermendois	65, 70 78vv.	DIOCLETIANUS.....	97, 268
„Craft".....	55	Doe d. Duroure v. Jones (1791)..	194,7, 196,1
Cretio.....	239vv., 336	Doe d. Thomas v. Acklam (1812).	194,4
„ vulgaris.....	252v.	Dogmatische Rechtswetenschap ..	365v., 377, 384
„ continua.....	252	Domburg.....	37v., 39
„ commentum cretionis.....	274	Dominium ex iure gentium.....	357
Croft's Case.....	207	Drente.....	54, 56v.
CUJACIUS.....	337	Droit (Evolution du).....	377
CUNIO (GUILIELMUS DE).....	66, 68	„ (Histoire du).....	363vv., 366v.

	Bl.		Bl.
Droit (Notions de)	365v.	Ethnologique (Ecole)	367v.
„ (Philosophie du)	313v.	Evictie	166, 171, 172v.
„ féodal, zie Leenrecht.		ἐξαγωγή	166v.v.
„ naturel .. 4, 217, 232, 1, 190, 204,	364, 424	Exceptio doli	251
„ romain (Mode de traitement) 382		Zie ook Exceptio pacti.	
„droit du roi”	126	Exceptio pacti .. 335, 337, 340, 343v.v.	
DUMOULIN	5vv.	Executie	58
DUPIN	231	Exheredatio	252, 264
DUPONT DE BIGORRE	228v.	EXTON (Th.)	210, 3
DUPORT	222		
DURAND-MAILLANE	219v.	FABER, JOH. (= Runcinis). 66, 315, 327	
DURANTIS. 295, 303vv., 313, 316, 320v.,	328	FABRICIUS	235v.
Durginga	36v.	Faenus nauticum	164
		FAENZA (JEAN DE)	288, 294
ECNIRP'EL	223	Familia pecuniaque	112, 1
EDWARD I.	181, 3, 182	Familiengoden	237
EDWARDS (G.)	232v.	Familieverband	236v.
Eed	173, 178, 235v.v., 313v.	Faute (Notion de la)	374vv.
Eedhelpers	390v. 395v. 402, 404	„Faux-marchands”. 130, 132v., 138v., 141	
Eenheid. Staatskundige eenheid als		FERITATE (JOH. DE)	67, 1
motief voor codificatie	21	FESTUS	250
Eerzucht (Vorstelijke) als motief		Fideicommissa	237, 262, 265, 360
voor codificatie	21v.	Fides	175v., 178, 182, 187
Eigendom	105, 111, 1, 369v.	Fiducia	112, 1
Eigenrichting	41, 52, 53v.v.	FINLAY	207, 7
Zie Geweld. Vis publica. „Craft”.		Fleuves (Droit des)	379
ELLESMERE	182, 3, 184, 187	FLORENS DE VOOGD	30
„Enemy Character”	208v.v.	FOCKEMA ANDREAE (S. J.)	54v.
Engeland (Romeinsch recht in) ...	101	Forfeiture	191
England (Causes of War with Uni-		Formation (Part of prætor in) of	
ted States 1812	199	roman law	251
Enlèvement (Mariage par)	372v.	FORTESCUE	183
Eskimo's	369	FOSTER	185
ESPINAS	426	Fouage	159, 2
Esposito v. Bowden	211, 2	France (Anglais en) .. 120, 133, 1, 148v.	
Esquisse d'un code uniforme pour		FRANÇOIS I	119, 140
tout le royaume	217	Frankrijk (Handvesten uit Noord-). 72v.	
Essai d'un citoyen	224, 6	FRÉDÉRIC II de Souabe	408vv.
„ sur la constitution française. 232		Friesch recht	40, 44
D'ESTEMPES DE VALLANÇAY	14, 1 v.v.	Frioul	409vv., 416
Etalonnage	141	Furtum conceptum	243v.
Etats-Généraux de 1355	124, 151	„ lance licioque conceptum ..	244
„ „ „ 1484	120	FUSTEL DE COULANGES	369
		Gabelle du sel	119vv.

	Bl.		Bl.
Gabelle du sel (Comptabilité)	127, 127,1, 144	„Habitant”	127, 128v., 135v.
„ „ „ (Fraude).	129vv., 137vv., 157v.	HALBHERR (F.)	235v.
„ „ „ (Montant de la)...	152v., 155, 157, 161,4	HALE	193, 195
„ „ „ (Origine).....	121v.	Hamerslag (Recht van).....	42
„ „ „ au commencement du XVI siècle.....	125vv.	HAMMURABI	236,1, 238, 367
Gaius-Paraphrase uit Autun.....	241,1	HANKFORD.....	200
GALLOT.....	225	Harfleur.....	130, 132v., 147,3
GANDINUS.....	322	HARIULPHE.....	425
GARRAN DE COULON.....	218, 419	Haro.....	117
Gentielverband.....	104v.	HECK.....	40
GEORGE V. POWEL (1717).....	210,2	Heemrecht.....	30, 32
Gestio pro herede	249,5, 250, 273,3	Heimelijkheid.....	45
Getuigen. Zie Witnesses Témoins, Testes.		HÉLORY (ALANUS).....	67,1
Getuigeneed.....	236v. 395	Henouard-porteur de sel.....	142
Gevaarzetting.....	376v.	HENRI IV.....	25
„Geweld”.....	53v.v.	HENRI V.....	133,1
GHELDOLF.....	37	HENRI VII.....	411
GIERKE (v.).....	51	HENRION DE PANSEY.....	419
GIRARD.....	241, 382	Hereditas.....	245, 248
GIULIANO zie JULIANUS.		Verdeeling.....	236
GIUSTINIANO zie JUSTINIANUS.		Zie aditio.	
GOBELIN.....	17,7v.v.	Heres legitimus.....	245
GODEFROY.....	269, 347	„ necessarius.....	240
GOMONT (DE).....	18v. 23v.v.	„ suus.....	240, 264
Gortyna ...	235v.v.	HERODOTUS.....	372
GOSSES (I.).....	30, 34v.	HERINCKX (G.).....	281
GOTTFREDUS DE TRANO... 303, 305, 320		HISPANUS (JEAN).....	295vv.
Gouding.....	36v.	Historique (Ecole).....	365
GOUGES.....	222	HOFFMANN.....	166
Grafelijke vierschaar. Competentie 30v.v.		Holland (Schepencolleges in).....	40
GREGORIUS V. MONTELONGO.....	411	Hoofdgeld (zie Taille).	
„Greniers”.....	143v.	Hoop's Case (The).....	211
Grensteeken en.....	41, 44, 50v.v.	„Hostage”.....	203,3
Grensverhoudingen.....	41v.v.	HOSTIENSIS (HENRICUS). 303, 305, 308v.	
GRIMM.....	51	311v., 316, 321v., 325, 329v.	
Groningen.....	54, 57	HOTMAN (FRANÇOIS).....	1vv.
GUILLEMOT.....	220v.	HUGUCCIO DE FERRARE... 278, 286, 289,	
GUY DE BAYSIO (Archidiaconus) 291,		292vv., 306	
304v.v. 323, 325, 330v.		Humor in wijsdommen.....	46, 51
GUY DE NEVERS.....	73	HUSSEY.....	180,1
GUYOT.....	419	Huwelijksgoederenrecht .. 64, 67v., 69,2	
		75vv., 90v., 107	
		Idées sommaires sur la constitution 225,3	
		Ignorantia juris ... 309, 312vv., 323vv.	

	Bl.		Bl.
Inbreuk door overploegen, enz....	43vv.	KARLOWA	241
Indië (Romeinsch recht in Moham- medaansch).....	101	KENNEDY.....	163
Infans	274v.	KENYON (Lord).....	194,7, 196,1
Ingrande.....	130	King v. Francis (1918).....	189,1
Inimicus permissus	207	KNIEP.....	273
In jure cessio.....	336v., 343, 347v.	KOHLER (J.)	235, 369
In jus vocatio	243	Koningschap	104, 105, 178, 182 186v., 189
INNOCENTIUS II.....	425	Koop. Vernietigbaarheid.....	59
INNOCENTIUS IV. 295, 303, 305, 308vv., 316, 318vv., 321v. 326, 328v., 412		„Kungsaadra”	379
Insécurité des routes de terre.....	130v.	LABEO.....	250, 260, 265, 356
Institutio heredis.....	252vv., 256vv.	Ladderrecht	42
Int. de aqua.....	354v.	LAFAYETTE	222
„ uti possidetis	112,1	LAGRANGE.....	231
„ utrubi	112,1	LAINÉ	283
Interpolazione nelle Digeste . 250,3, 276, 337, 338, 340, 341v., 344,3, 345, 347,1, 348v., 351,1, 351,3, 353vv.		LAMBERT.....	228, 243
Interpretatio.....	260,4, 268	LAMBERTUS DE SALINIS 66v , 71, 87v , 331	
Introductio	244	„Landlaw.” Influenced Common Law 201v.	
Intuitus personae	258,3	„Landsake”	30, 34
Isaacson v. Durant.....	194,5	Languedoc. 25, 121, 124, 146, 146,2, 148,1, 159v.	
ISAEUS... ..	172	Languedoil . 135, 141, 145,7, 146v., 149	
Italië (Romeinsch recht in)	101	Laon.....	65, 72, 80v.
 		LAVELEYE	369
Jaarding	34v.	Law Merchant.....	204v., 212
JACQUEMINOT.....	215	LE PRINCE	223
JACQUES VI d'Ecosse.....	184	LE SUEUR.....	227
JACQUETON	146	Leenrecht. 65, 78vv., 175v., 177.1, 178, 319, 419vv.	
Janson v. Driefontein Consolidated Mines (1902)	208,4	LEFAS	426
JAVOLENUS	250, 264, 265v., 346	LEFÉBURE.....	227
JHERING (VON) ..	242v., 359v., 365, 383	Legata	257, 349vv., 359
Judicium Scabinorum	31	Leges Barbarorum	51
JULIANUS.....	261, 341v., 344v.	Legis actio	240,7
Jus naufragii.....	417	„Legitimus”	336
jus jurandum	173, 235vv., 260	LEIST.....	163
Jussum	260, 266	Leviraat	372
JUSTINIANUS	2v., 10, 271, 333	LÉVIS (DE)	222
Justinianus' Codificatie. Geringe in- vloed op de moderne codificatie- gedachte	102	LÉVY-BRUHL	243,2 247
 		Lex Aelia Sentia	245,1
Kamp, als bewijsmiddel.....	30, 33, 36	„ Aquilia.....	375
		„ domicilii defuncti	65, 80, 81
		„ XII Tabularum	255, 336, 381
		„ fori	294vv., 316

	Bl.		Bl.
Lex loci delicti	67, 83vv., 90, 92, 307vv., 325vv.	Marriage	159v.
„ loci contractus.	64, 67v., 75vv., 90, 298v., 316v., 328	Marryat v. Wilson (1799)	211,4
„ Pinaria	244,3	MARTIN (O.)	425
„ Plautia Papiria	100	Matriarchaat	371v.
„ Ribuaria	387	MAXIMILIAAN	150, 156,3
„ Salica	387vv., 395vv.	MAYER-HOMBERG	400
„ situs	64,2, 69, 81, 318v.	MEILI	283
„ terrae	62, 321	Merchants (Alien) in Engeland	203v.
L'HÔPITAL	1v., 6, 9v.	MERLIN	419
LIÉBAUD	234	MERRY (R.)	232,5
LINDLEY	208	Messina	415
LIPSIUS	163, 165, 174,3	„ Mesureurs de sel”	141
Litis contestatio	243v.	METHERIE (DE LA)	225
LITTLETON	202v.	MEYERS (E. M.)	284
LLOYD (R.)	210,3	Middelburg	37v.
Lods. (Droit de) et ventes	419vv.	Ministeriales	118
Loss of the status of a subject	182vv., 196v.	„ Misbruik”	57v.v.
Lotharingen	47v.	MITTEIS	163, 166
LOUIS XI. 7, 25, 120, 147, 149v., 154,5, 155, 158		Modus	111,1
LOUIS XII.	140, 156	MOLINAEUS	69
LOUIS XIV	12vv., 150	Molyns v. Fiennes (1365)	180,4
LOUIS LE MÂLE	150,1	Monopole des greniers	125v.v.
LUSCHIN VON EBENGREUTH	409	„ des marchands	130,2, 131, 153, 159
		„ des mesureurs de sel	141
		„ du roi	159,2 160
M'Connell v. Hector (1802)	212,1	MONTAIGNE	8
Macdonalds Case (A.)	193	MONT-GILBERT	228
MAC NAIR	210,2	MONTLEZUN (GUILLAUME DE) [= de	
Magna Carta	203	Montelauduno]	67v. 71, 92
Maine (le)	143, 146	MOUNIER	222, 224
Maiores terrae	408v v.	MOURGAND DE LAGRANGE	218
MAITLAND	176, 187,1, 191, 201	Mozaische wetgeving	4
Mancipatio	243, 243,2, 248, 335v.v. 343, 347 v.	Mud	126,6 153,1
„Mannen”	31, 34, 37	Multa	261, 263
MANSFIELD	190		
Mante	63, 72	Naasting (Recht van)	42
Manus consortio ex jure	243	NANSEN	365
MARAT	224	Nantissement	425
Marchands (Hanse de)	130,2, 131	Naturalization	180v., 189, 197vv., 210,1
Mariage	371vv.	nemo potest exuere patriam.	183, 193v.
MARILLAC (DE)	19,4	NEUMEYER	66, 70, 284, 300
Markwald v. Attorney-General (1920)	189,1	Normandie	25, 136, 136,2, 140, 146vv., 177, 191, 193, 201
		Norvège	370, 377, 379v.
		Notoriété (Témoins de)	392v., 397

	Bl.		Bl.
Nouveau plan d'administration de la justice	221	PHILIPPE DE VALOIS.....	161
Noyon	63, 72	" LE BEL.....	159,2
Nuda Voluntas	250	" LE HARDI.....	150,1, 151,4
Nudus consensus obligat.....	118	" LE LONG.....	123,1
Nuntius	246vv.	PHILIPPI	163, 165
Observations sur le projet de constitution (1789).....	231	Picardie.....	130, 140, 146v.
ODOFREDUS	322	pignoris capio.....	173
OERSTED.....	365, 383	Pilkington v. Peach (1680).....	207,1
OLIVIER	8,1, 216v.	PISON DE GALLAND.....	222
ὁμωμόσει	235	Placitum.....	38,5
Onroerende goederen..	64,2, 65, 69, 167	" annuale.....	34v.
"Ontbruiking".....	57vv.	Plagiare	405
"Ontweren"	56	Plan de Constitution française 1793	229v.
Operis novi nuntiatio.....	267,7	Plebs.....	104v.
Opzet.....	44v., 48v.	FLOWDEN.....	181,6
Ordalia	36v., 404	Poitou.....	121, 129, 132, 140
Ordo Servianus	105	POMPONIUS.....	250, 252, 344, 347
Organisation (Loi sur l') judiciaire	215, 221	Pontifex (Rechterlijke taak)	105
Overbouw	43vv.	Porter v. Freudenberg (1915)....	208,2, 210,2, 211
" als landdiefstal	49v., 52,2	Postnati.....	184vv., 191,2, 192v.
" als veldschade.....	50v.	POULTIER D'ELMOTTE	228
PACELLI (E.)	283	PRAUT (DE).....	224
Pacte Social (1795).....	220, 234	Praedia provincialia. 339vv., 343, 345,1,	356v.
PAPINIANUS..	258, 262v., 335vv., 342vv.	Praerogativa Regis.....	192
Paris.....	130, 132v., 133,1	Praetor....	251, 268, 335vv.
Zie ook: Parlement.		Prélacion (Droit de).....	419vv.
PARKER.....	213	Pretorium.....	38,5
Parlement de Paris... 64, 67, 69, 74vv.		Principes généraux de la constitution	
" en Allemagne et en Italie	408vv.	française	225,3
Parlementarisme	378	Privilegia	181, 196, 204
Parliament... 180, 181, 188, 190, 414,2		Probatio certa.....	401vv.
Particularisme in 't Fransche recht	26v.	Procédure (Droit franc de)....	389, 401
Patricii	104v.	Procedure law (Athenian).....	165
PAULUS	274, 346, 350	Procesrecht (Wensch naar unifica-	
PÉNIÈRES.....	228	tie) in Frankrijk.....	14, 19, 28
PERNICE.....	260v., 264, 267, 346	Processen. Hun lange duur.....	24
PEROZZI.....	353	" Veelvuldigheid van... 23, 29	
Personnalité des lois. 62v., 72v., 80, 84v.,		PROCULUS.....	250, 260, 264v., 356
176, 277vv.		Projet de déclaration de droits natu-	
PÉTRAU-GAY	403	rels	222,8, 223,1, 223,2
PHILIPPEAUX	216v.	Promiscuité.....	372
		Protestants (French) in England..	209v.
		PROTOS.....	164vv.

	Bl.		Bl.
Provence	25, 146	Ressort (Recht van het)	65, 78vv.
PRUTZ	417	Retrait (Droit de)	419, 425
Publiek- en Privaatrecht (Scheiding tusschen).....	105	RÉVIGNY (JACQUES DE) [= de Ravanis] 66vv., 70v., 82vv., 93, 283, 315, 324	
PUSSORT.....	15vv.	Revolutie (Codificatiearbeid der Fran- sche).....	215vv.
Py	225	Richfield v. Udell (1667).....	207,7
Quelques idées sur une constitution populaire pour un grand état... 231		ROBERT (ANNE).....	25
QUERCU (PETRUS DE).....	67,1	ROBY	246vv.
R. v. Eaton (1627).....	195,3	Rodriguez v. Speyer (1919) 207, 4, 207, 7, 214	
R. v. Tucker	186,6	Roerende goederen 64v., 69, 74vv., 80v., 107, 167, 369	
RABABYN (ELYAS DE).....	179,1 180,1	Romeinsch Recht.....	94vv.
RABAUD DE ST. ETIENNE.....	225	" " Belang. 2v., 5, 99, 109v.	
RABEL	163, 174,3, 355, 362,1	" " (Invloed van Grieksch recht op)	166
RAGONNEAU.....	229	Romeinsche rechtsgeschiedenis. In- deeling.....	96v., 100v.
Rantsoenpenningen.....	419vv.	ROOKE	212,3
Ravenna. (Rijksdag te).....	415v.	Rosières	150v.
RAYNAUD DE MONTLOSIER (DE).....	223	Rouen	132v., 149,2
Realiteit (Ontstaan van het beginsel der).....	61vv.	ROUZET DE FOLMONT	228, 234
Receptie	377v.	RUBIGNY (DE)	227
Receveurs des impôts... 136, 136,3 139		RUFINUS	288
Rechterlijke willekeur.....	19v., 24, 28	Rusland (Romeinsch recht in)	101
Rechtsbronnen	98, 102, 377	Russie (Communisme agraire en)..	369v.
Rechtsethnologie.....	103, 367v.	Sabiniani.....	343v., 346, 350
Rechtsonzekerheid.....	15, 19v., 24v.	SABINUS	254, 267, 339, 343vv., 351
Rechtsscholen in Rome	100	Safe conduct	206, 207
Zie ook Sabiniani.		Saksenspiegel	47
Rechtsverbetering als motief voor codificatie.....	21	Salins	150vv.
Rechtsverwarring in Frankrijk 5, 8, 17v., 24, 26v.		SALVIAT.....	419
REEVES.....	194	SAPIN (JEAN)	146,2
Regrat(t)ier.....	127v., 134	SAVIGNY (F. C. VON)	365, 382
REID (JAMES)	241,7, 249,3	Scabinagium, zie Scabinium.	
Reims	65, 80	Scabinium	30vv.
RENAULDON.....	419v.	SCAEVOLA	262
Réparation civile	375	SCHÄFER (A.)	163
Répartition de la gabelle	516	Schenkingen tusschen echtgenooten 64, 67, 68, 74, 90v., 92	
Representatie.....	246	Schependom, zie Scabinium.	
Repudiatio	252	Schepenen (Oorspronkelijke taak) 31v., 38v.	
Res Mancipi.....	111,1	Schepenvonniss	34, 38
Responsabilité civile.....	373vv.	Schout.....	32v., 37

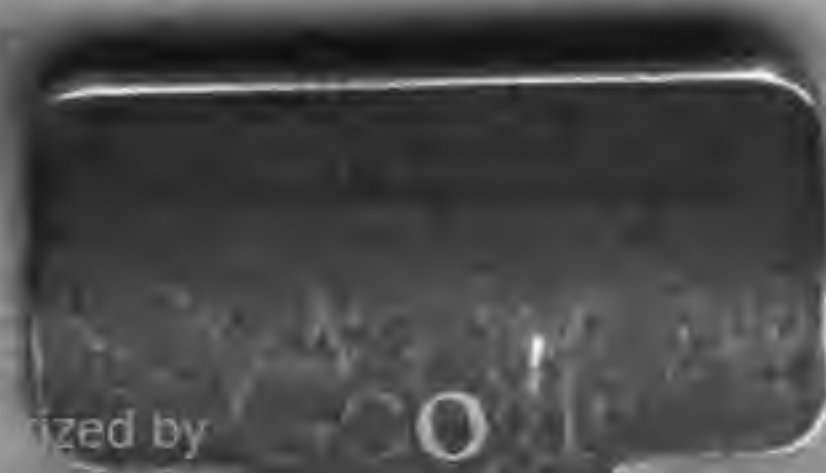
	Bl.		Bl.
Schouw	32	STEFANI.....	235,6
„Schutting”	41	Steigerrecht	42
SCHWEIGAARD.....	384	Stipulatio.....	335, 340v.v.
Scotland (Personal union with Eng- land)	186	Stoppelweide (Recht van)	42
SCOTT (W.)	211	Story's Case.....	190
SEGUSIA (HENR. DE), zie Hostiensis.		Strafrecht (Personaliteitsbeginsel in) 63, 72v.	
Seizure	168, 170v.	Strafwaardigheid van handelingen 45v. 374v.	
Sel (Organisation du Commerce du) à Paris	133,1	SUAREZ	277
„ (Prix du).....	126v., 158	Subjects (History of the Law as to the States of British).....	176vv.
„ (Sortes de).....	151,1	Substitutio.....	253v.v.
„ (Transport du).....	103v.	συγγραφή.....	167, 169
„Sel d'impôt”	135vv.	SUMNER.....	207,4, 213
Semel heres semper heres	256	SUMNER MAINE.....	369
Senaat.....	104	Superficies	347, 349
Senlis (Verdrag van).....	150	Sylvester's Case	210,2
Sententia de iure statuum terrae 408,414v.		Syracuse.....	164, 167
Serapiadis (Cretiones).....	240		
SERVAN (DE).....	222	Taille.....	120, 136v.
Servitudes praediorum.....	333vv.	TANCREDO	308v., 322
„ „ van den superfi- ciarius....	350, 358	TARGET.....	222
ususfructus servitutis.....	350vv.	Tekstkritiek.....	114v.
pignus servitutis.....	355,4	Témoins (Les) de la loi salique..	387vv.
SERVIUS.....	262v.	„ instrumentaires.242,2, 391v., 396	
Servus.....	247vv., 272	„ de Notoriété.....	392v., 397
SEVE (DE)	15,1vv.	TERME.....	222
Sherleys' Case	186,5	Termijn tot herstel.....	48
Sicilie.....	412v., 415vv.	Territorialité des lois.....	62, 193v., 277vv., 331
SIÈYÈS	222, 224	TER STEGHE.....	50
SINIBALDUS VAN FIESCO (FLISCUS).		Testament (Vormvoorschriften). 67v., 91	
Zie Innocentius IV.		Testamentum comitiis calatis factum 245, 251, 257	
Sippe.....	389	„ per aes et libram. 247, 251v., 257	
SMITH (J.)	232,5	Testes bij cretio.....	241vv.
SOBRY	224	„ in lex Salica.....	395vv.
Solon (Frankrijks).....	9,4	„Testes estote”. Zie Litis contestatio.	
SPANGENBERG.....	409v.v.	TEUTONICUS (J.) [ZEMECA]. 291, 297, 305	
Spanje (Romeinsch Recht in).....	101	THALHEIM.....	163, 168
Spatium deliberandi.....	241, 251	THORILLON	231
SPECULATOR. Zie Durantis.		THORMANN	51
SPIFAME (R.).....	7v.	Thotortaïos v. Panas.....	166, 173
Statutum in favorem principum 411, 414, 416			
STAUNFORD	192		

	Bl.		Bl.
Time limit for aditio.....	241, 251	Vis publica	55
Zie ook Dies.		Vlaanderen.....	37v., 81
" in <i>cretio</i> clause in wills	251	Vocatio in jus.....	243
" (No) for <i>cretio</i> fixed by		Vorderingen als roerende goederen	
law	240		65, 80
Tirol.....	44vv.	VYAU DE BAUDREUILLE.....	224
TOLLANDAL (LALLY).....	222,3		
Tollen	131	„Waarheid”.....	31, 36, 39
tolva	40	WALMSLEY	185
Tonnerre.....	73	Wedding	35v.
Toulouse	25, 161,4	Wells v. Williams (1697)...	209, 210,2
Touques.	148v.	Westkapelle	37v. 39
Treaties (Law on).....	180,4	Wet van woonplaats van den over-	
TREBY	210	ledene..	65, 80, 81
TRIBONIANUS.....	2, 3	WETHERELL (Ch.).....	194,3
TURPETIN.	218,3	WILLES	211
Tutor.....	336	WILLIAMS (E. V.).....	207,7
twaelve	40	" (D.)	232,5
		WINDSCHEID	382
ULPIANUS	240, 247, 253, 260,	Witnesses (No legal requirement of)	
	272v., 354, 366	in <i>cretio</i>	241 ff.
Universelle (Conception) de l'étude		Witnesses (Principles underlying	
du droit.....	364v., 367	requirement of).....	242v.v.
Ususfructus servitutis	350vv., 355,4	Worms	408, 411v. 415
„Uti legassit super pecunia”.....	257		
d'UZÈS (RAYMOND)	161,1	Zakelijke en persoonlijke rechten	66,
			112,1, 242, 363
Veldschade.....	50	Zeeland (Oude rechterlijke organi-	
Vermendois.....	65, 78vv.	satie in)	30v.v.
Verovering	189v.	Zeeland. Verschil in recht met	
VERRIUS FLACCUS	250	Vlaanderen.....	37v.
VESTORIUS	246v.	ZELLER	416
Villa v. Dimock (1694).....	207,7	ZEMECA, zie J. TEUTONICUS.	
Villes (Introduction dans le curia). 411v.		Zenothemis v. Demon	163vv.
	413vv., 416	ZIEBARTH	235
Vis ex conventu.....	166v., 171, 174	Zoen	373v., 381

TABLE DES MATIÈRES.

	Blz.
J. VAN KAN, François Hotman en de codificatiepolitiek van zijn tijd	1
J. VAN KAN, De codificatiepolitiek onder Lodewijk XIV	12
R. FRUIN, Scabinium (Bijdrage tot de kennis van de oude rechterlijke organisatie van Zeeland)	30
J. VAN KUYK, Grens- en bezitsverhoudingen op het platte land. (Bijdrage tot de geschiedenis der eigenrichting)	41
E. M. MEIJERS, Nieuwe bijdrage tot het ontstaan van het beginsel der realiteit	61
ED. MEYNIAL, Etudes sur la gabelle du sel avant le XVII ^e siècle en France	119
PAUL VINOGRADOFF, The legal background of Demosthenes' speech in Zenothemis v. Demon	163
W. S. HOLDSWORTH, The history of the law as to the status of British subjects and aliens	175
J. VAN KAN, Le rôle de l'initiative privée dans l'œuvre de la Révolution en matière de codification et de constitution	215
A. ZOCCO-ROSA, Nuovi frammenti delle antiche leggi di Gortyna in Creta.	285
BUCKLAND, Cretio and connected topics	289
A. VAN HOVE, La territorialité et la personnalité des lois en droit canonique depuis Gratien (vers 1140) jusqu'à Jean Andreæ († 1348).	277
S. RICCOBONO, Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi Italici e su fondi provinciali	338
FREDERIK STANG, Droit et culture	363
H. LEVY BRUHL, Les témoins de la loi Salique.	387
P. S. LEICHT, L'empereur Frédéric II de Souabe et les parlements	408
M. MARION, A propos du droit de prélation et du droit de lods et ventes.	419
J. VAN KAN, Un project de code civil tardif et inédit. Notice	423
<i>Sociétés savantes</i> , Société d'histoire du droit (Paris).	425
Boekaankondigingen	94

**CIRCULATE
TO CABINET
ONLY**



Digitized by

GO

ALF Collections Vault



3 0000 105 610 012